Der Eigentumsvorbehalt nach schweizerischem Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der
Universität Leipzig, eingereicht von

Oskar Lutz, stud. jur.
aus Rheineck, St. Gallen (Schweiz)

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

BUCHDRUCKEREI JOH. FEHLMANN, ZOFINGEN (SCHWEIZ) 1916

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545814_0054

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung 1

I. Abschnitt.

Die wirtschaftliche und legislativpolitische Seite des EV.

§ 1. Das Innenverhältnis zwischen Lieferant und Konsument. — Das Abzahlungsgeschäft 3

§ 2. Das Aussenverhältnis zwischen dem Erwerber und Dritten . . . 8

§ 3. Der EV. vor dem Inkrafttreten des ZGB. und die Entstehung dessen Vorschriften 9

II. Abschnitt.

Der Eigentumsvorbehalt im ZGB.

§ 4. Gesetzliche Regelung und Anwendungsgebiet des EV. 13

§ 5. Eigentumsvorbehalt und Bestandteil bei Maschinen 20

Juristische Konstruktion und Wirkungen des EV.

A. Die dingliche Seite.

§ 6. Die bedingte Uebertragung 24

§ 7. Das Eigentumsvorbehaltsregister 30

§ 8. Die Schwebezeit 36

§ 9. Der Eintritt der Bedingung 43

§ 10. Der Ausfall der Bedingung 44

§ 11. B. Die obligatorische Seite 52

III. Abschnitt.

Der EV. im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.

§ 12. Schuldbetreibung 54

§ 13. Der Konkurs des Käufers 57

Anhang: I. Verordnung betr. die Eintragung der EV. vom 19. Dez. 1910 62

II. Kreisschreiben Nr. 29 vom 31. März 1911 66

Literaturverzeichnis

Amtliches stenographisches Bulletin der schweizer. Bundesversammlung, Bd. 16 u. 17, Bern 1906/7. Bd. 19, Bern 1909.
Behrens, Der Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB, Diss. Göttingen 1903.
Blumenstein, Handbuch des schweiz. Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911.
Bluntschli, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. Bd. III, Zürich 1854.
Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz, enthaltend das ZGB. Bern, 28. Mai 1904.
Cohen, in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 21, Wien 1894.
Curti-Forrer, „Das schweiz. ZGB" mit Erläuterungen, Zürich 1911.
Dernburg, Pandekten, Bd. I, 7. Aufl. Berlin 1902.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. II. 2, 4. Aufl. Halle 1915.
Dunker, im rheinischen Museum für Jurisprudenz, Bd. V. Göttingen 1833.
Endeman, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl. Berlin 1903.
Fick, Das schweiz. Obligationenrecht, Titel 1—22, 1. Aufl. Zürich 1915.
Gensler, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. II, Heidelberg 1821.
v. Geyso, in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess, Bd. V, Giessen 1832.
Grenier, in den Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins 1905 (Ztschr. f. schweiz. Recht, Bd. 24 n. F.)
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch zusammengestellt, Bd. I, 2. Aufl. Berlin 1903.
Haberstich, Handbuch des schweiz. Obligationenrecht, Bd. II, Zürich 1885.
Hafner, Das schweiz. Obligationenrecht, 2. Aufl. Zürich 1905.
Hofmann, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 18, Heidelberg 1835.
Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartements, Bd. II, Bern 1914.
Huber, „Zum schweiz. Sachenrecht", Abh. zum schweizer. Recht, Heft 58, Bern 1914 (zit. Huber).

Jaeger, C., Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Zürich 1911.
Jaeger, E., Kommentar zur deutschen Konkursordnung, 5. Aufl. Berlin 1916.
Jaffé, Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf, nach BGB, § 455, Diss. Leipzig 1910.
Kunze, Der Eigentumsvorbehalt nach BGB, § 455, Diss. Leipzig 1913.
Leemann, Sachenrecht, Bd. IV, 1. Abt. in Gmür's Kommentar zum ZGB, Zürich 1911.
Leemann, in der schweiz. Juristenzeitung, Jhg. 6. (zit. Leemann).
Leonhardt, A., Zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigentum, Hannover 1843.
Müller, im Archiv für ziv. Praxis, Bd. XII, Heidelberg 1829.
Oertmann, Kommentar zum BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl. Berlin 1910.
Oser, Das Obligationenrecht. Bd. V des Kommentars von Egger, Escher, Oser, Reichel, Wieland, Zürich 1915.
Oser, in der Ztschr. f. schweiz. Recht, Bd. 24 n. F. (zit. Oser).
Pfister, in der Ztschr. des Bern. Juristenvereins, Bd. 39, S. 249 ff.
Planck, Kommentar zum BGB, Bd. II, 3./4. Aufl. Berlin 1907/14.
Protokolle der grossen Expertenkommission, Bd. III, Bern 1902/03.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. II, Berlin 1898.
Reichel, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. Zürich 1901.
Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations Lausanne 1892.
Schneider-Fick, Das schweiz. Obligationenrecht (alt), Zürich 1896.
Staub, Kommentar zum HGB, Bd. II, 9. Aufl. Berlin 1913.
Staudinger, Kommentar zum BGB, Bd. II, 1. Teil, 7./8. Aufl. München und Berlin 1912.
Stückelberg, in der Ztschr. f. schweiz. Recht, Bd. 17 n. F.
Thilo, Pactum reservati dominii et vente à tempérament. Diss. Lausanne 1906.
Thorsch, Das pactum reservati dominii, Strassburg 1875.
Tuor, Das neue Recht, Zürich 1912.
Vorentwurf des eidgen. Justiz- und Polizeidepartements zum ZGB vom 15. Nov. 1900 E. 1.)
Vorentwurf zum schweiz. Strafgesetzbuch. Fassung vom August 1915.

Wieland, Das Sachenrecht, Bd. IV des Kommentars von Egger, Escher, Oser, Reichel, Wieland. Zürich 1909.
Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. I u. II, 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Rechtsprechung.

Blätter für Zürch. Rechtsprechung (n. F. der schweiz. Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen) (Bl. Zü. R.).
Deutsche Juristenzeitung (DJZ).
Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts. Amtliche Sammlung. (Bg.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (Rg.)
Juristische Wochenschrift (JW).
Das „Recht", Rundschau für den deutschen Juristenstand. (Recht.)
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG).
Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts.
Schweizerische Juristenzeitung (SchJZ).
Schweiz. Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen (H. E.).
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (S. A.).
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
Zeitschrift des Ber. Juristenvereins (ZBJV).
Zeitschrift für schweiz. Recht.

Abkürzungen: ZGB = Zivilgesetzbuch, OR = Obligationen-Recht, Schkg = Bundesges. über Schuldbetreibung und Konkurs, Vo. = Verordnung.

Einleitung

Als das römischrechtliche Grundpfandrecht in Deutschland im 17. und 18. Jahrhundert, ganz im Gegensatz zur älteren deutschrechtlichen Satzung infolge der mangelnden Publizität den Bodenkredit in seinen Grundfesten erschütterte, kam gewohnheitsrechtlich gerade für das Grundeigentum als vollwertiger Ersatz der Hypothek, ja sogar als stärkeres Kreditmittel, das pactum reservati dominii auf. Je tiefgreifender die Reformen im Hypothekarwesen im 19. Jahrhundert gingen und geradezu (durch Aufstellung der Grundsätze der Publizität, Spezialität und Priorität) zum endgültigen Abschluss führten, desto schneller verschwindet das Institut mit Wegfall seiner Zweckbestimmung und Existenzgrundlage aus dem Immobiliarsachenrecht. Dafür setzt es sich je länger je mehr im Fahrnisverkehr fest. Der Eigentumsvorbehalt nimmt dort in erster Linie wegen der zunehmenden Bedeutung des beweglichen Vermögens so grosse Verbreitung und Beliebtheit an. Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts hat sich der Umsatz von Mobilien derart vergrössert, dass er zum Immobiliarverkehr in keinem Verhältnisse mehr steht. Der auf die Bedürfnisse des täglichen Lebens zugeschnittene Barkauf ist vor einem unverhältnismässigen Kredithandel zurückgetreten und vielerorts, gerade auch in der Schweiz, muss heute eine Einschränkung des Kreditgebens ein Ziel der Volkswirtschaft sein. Das wachsende Kreditwesen aber schritt rasch zu einer Selbstbeschränkung auf dem Gebiete des Personalkredits zu Gunsten des Realkredits. Das ist der zweite Grund für das Aufkommen des EV. Der ungesicherte, in blossem Vertrauen auf die persönliche Tüchtigkeit und Solidität des Schuldners beruhende Personalkredit passt höchstens für Verhältnisse, wo Gläubiger und Schuldner sich nahe stehen. Für grössere Geschäftsbetriebe mit umfassendem Kundenkreis, der sich auf so und so viele unbekannte Käufer mit unübersichtlichen und unstäten Wohnungs- und Lebensverhältnissen erstreckt (namentlich in der Stadt), will der kluge Kaufmann das Risiko häufig nicht auf sich nehmen und bevorzugt deshalb im Realkredit die dinglich gesicherten Forderungen, worunter am ehesten die für Gläubiger und Schuldner einfachste, meist einzig mögliche Sicherung durch den EV. Eine dritte starke Wurzel desselben ist

das Abzahlungsgeschäft. Beide Institute haben sich wechselseitig gefördert und sind von jeher so untrennbare Gesellen gewesen, dass sie auch in dieser Arbeit nicht getrennt werden sollen. Wenn wir die zunehmenden Exekutionsbeschränkungen und damit die verminderte Haftung des Schuldners mit seinem ganzen Vermögen, die den Drang der Gläubiger nach vermehrter Realsicherheit hervorriefen,[1]) als vierte Ursache für die Entwicklung des pactum reservati dominii nennen, so dürften damit wohl die Hauptpunkte berücksichtigt sein.

Der Eigentumsvorbehalt ist fast ausschliesslich auf den Kauf beschränkt. Er soll dem Verkäufer für den kreditierten Kaufpreis dingliche Sicherheit verschaffen. Damit kommt das Institut dem Sinn und Geist des Pfandrechts ausserordentlich nahe und in der Tat setzt er sich überall dort mit elementarer Gewalt durch, wo die Sicherung durch Pfandrecht unmöglich oder unzureichend ist. Schon hier aber sei betont, dass die im gemeinen Recht oft vertretene Ansicht, der EV begründe ein Pfandrecht an der verkauften Sache für den Zahlungsanspruch, mit der Ausgestaltung unseres Fahrnispfandrechts unvereinbar ist. Es wird zu zeigen sein, dass es sich um einen blossen Pfandrechtsersatz handelt, der notwendig geworden ist, weil das Faustpfand hinter den Bedürfnissen des Verkehrs zurückbleibt, aber um eine Vereinbarung, die leicht ein Missverhältnis zwischen Mittel und Zweck zu schaffen imstande ist.

[1]) Cohen S. 718.

I. Abschnitt.

Die wirtschaftliche und legislativpolitische Seite des E.V.

§ 1.

Das Innenverhältnis zwischen Lieferant und Konsument. Das Abzahlungsgeschäft.

Die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der beiden Vertragsparteien zu einander beruht im Regelfalle auf dem oft zu Unrecht so angefeindeten Abzahlungsgeschäft.[1]) Das ist so der eigentliche fruchtbare Boden unseres EV, denn Abzahlungsgeschäfte ohne Eigentumsvorbehalt, und ein pactum reservati dominii ohne Abzahlungsgeschäft sind grosse Seltenheiten. Lassen wir hier die wirtschaftliche Skizzierung folgen. Immer handelt es sich um die Veräusserung von beweglichen Sachen, bei der die Uebergabe des veräusserten Gegenstandes sofort vollzogen wird, während der Gegenwert in periodischen Teilzahlungen zu entrichten ist.[2]) Nach unbefangener und sorgfältiger Prüfung der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Ratenhandels muss man heute doch wohl von einem gerechten Interessenausgleich reden. Prüfen wir zunächst:

a) die Stellung des Käufers, so kann nicht bestritten werden, dass das Abzahlungsgeschäft für ihn, als den wirtschaftlich meist schwächeren Teil, mit und ohne EV eine Einrichtung bedeutet, die seinen Bedürfnissen in weitgehendem Masse entgegenkommt, indem es mittellosen Leuten den Kredit überhaupt zugänglich macht. Sie nehmen damit an Handel und Verkehr teil, helfen mit bei Förderung von Industrie und Gewerbe und an der Hebung des nationalen Wohlstandes. Sobald die Ware die engen Räume des Lieferanten verlässt und in den Händen des Konsumenten eine Steigerung ihres Gebrauchswertes erfährt, erleichtert sie diesem die Bedürfnisse des täglichen Lebens als Wohnungsausstattung, Fahrrad, Nähmaschine, Musikinstrument und namentlich als Werkzeug in der Hand des Arbeiters. All die Gegenstände, die geschaffen sind,

[1]) Auch Abschlagszahlungsgeschäft, Ratenkauf, vente à tempérament vente à terme.

[2]) Oser Komm., Art. 226, Ziff. 2; Thilo S. 127 ff.

um die Arbeitsintensität und Produktionsfähigkeit des Besitzers ins Vielfache zu steigern, besonders Betriebsmittel und Maschinen, sichern ihm einen Vorteil im freien Spiel der Kräfte, besonders im Konkurrenzkampf mit den Grossbetrieben, den er dem Abzahlungsgeschäfte verdankt, das dieselben zu leichten Bedingungen in den Verkehr bringt.[3]) Der aus der vermehrten Produktion fliessende Verdienst ermöglicht meist mühelos die pünktliche Einrichtung der Teilzahlungen und im Gegensatz zu der relativ teureren Miete, beim Kauf mit EV mit der Vollzahlung des Preises den Eigentumsübergang, während der Erwerber sonst vielleicht die Ware nie hätte sein Eigen nennen können. Aber nicht nur vermögenslose Leute, sondern selbst bemittelte Kreise, so z. B. Inhaber maschineller Betriebe sind oft genötigt die Maschinen ihrer Fabrik auf Abzahlung und unter EV anzukaufen, sobald ihnen bare Gelder nicht gerade zur Verfügung stehen.[4]) Ausser ihnen, denen die Vorteile des eröffneten Betriebskredits und des grösseren Geschäftsbetriebes in erster Linie zukommen, wird einer grossen Anzahl von Angestellten und Arbeitern Verdienstgelegenheit und damit das tägliche Brot gegeben. Ich denke dabei z. B. an das Abzahlungsgeschäft und den EV bei den Stickmaschinen der Fabriken oder Einzelsticker der Ostschweiz ebenso wie an das Hotelmobiliar der schweizerischen Hotelindustrie. Mit Recht ist auch festgestellt worden, dass ohne das Abzahlungsgeschäft, das oft die für die Begründung eines eigenen Hausstandes übliche Ausstattung liefern muss, eine grosse Anzahl von Ehen nie geschlossen würden.[5]) Durch Wegfall der drückenden Barzahlung kann der Käufer den Augenblick der Anschaffung nach Bedürfnis und ohne Rücksicht auf seine Vermögenslage bestimmen. Die für die Geldaufnahme nötige Faustpfand- oder Bürgenbestellung wäre ihm ja rundwegs unmöglich und ohne die Sicherung würde ihm wucherische Ausbeutung drohen. Gerade hier kann der EV sehr segensreich wirken. Die Abzahlungslieferanten pflegen zudem ordentlichen Käufern die Zahlungen leicht zu stunden und entgegenzukommen, denn ihre Absicht ist nicht Rückforderung der Sache, sondern Verkauf und Umsetzung in den Preis. Die Rücknahme der meist abgenutzten und deshalb schwer verkäuflichen Gegenstände ist eben wegen dieser Wertminderung und der damit verbundenen Mühe (man denke z. B. an die sorgfältige Demontierung

[3]) Vgl. die Ausführungen von Hoffmann im Ständerat (Sten. Bulletin, Bd. 16, S. 1349 ff.).

[4]) Es wurde Ende 1905 festgestellt, daß allein 248 Maschinenfabriken Deutschlands 168,014 Abschlüsse mit EV im Gesamtwert von Mk. 59,645.289.— 50,61 % ihres Gesamtumsatzes machten (Andreae, Deutsche Wirtschaftsztg. 3. Jahrg., No. 1, vom 1. Januar 1907).

[5]) Oser S. 446.

einer Stickmaschine) geradezu selten. Auf diesem Gebiete sind auch gerichtliche oder aussergerichtliche Vergleiche eine tägliche Erscheinung. — Diesen Vorteilen der Krediterleichterung stehen aber auch Nachteile gegenüber. So die Veranlassung kapitalschwacher Leute zu leichtfertigen und überflüssigen Anschaffungen, beruhend auf dem sofortigen Gebrauchsrecht und der schönen Aussicht, erst nach Jahr und Tag voll zahlen zu müssen,[6]) die Vorausverfügung über künftiges Vermögen unter Ausserachtlassung späterer wichtigerer Bedürfnisse, kurz eine Neigung einfacherer Volkskreise zu Luxus, Schein und Verschuldung. Andere Nachteile jedes Abzahlungsgeschäfts, die in dessen Wesen liegen müssen, sind aber auch die im Vergleich zum Bargeschäft höheren Preise, der Vertragsabschluss durch gedruckte Formulare, dessen wirtschaftliche und rechtliche Tragweite der Käufer so oft nicht ermisst, das mit dem Betrieb hier und da verbundene und nicht immer einwandfreie Hausiergewerbe, die Abhängigkeit vom Abzahlungshändler, die ungenaue Kenntnis der durch die Besitzübergabe geschaffenen Rechtslage u. a. m.[7])

b) Der Verkäufer ist gerade durch die Art seines Kreditgeschäfts imstande, Waren abzusetzen und Kunden zu Kaufabschlüssen zu gewinnen, die er ohne die Vorteile dieses Instituts seinem Geschäftsinteresse niemals dienstbar gemacht hätte, und im Falle der Verzinsung des Kaufpreises der Mühe überhoben, sein Geld bei Bankinstituten auszutun. Betreibt er das Ratengeschäft ausschliesslich, so baut er anders als das Kassengeschäft sein Unternehmen meist auf finanziell unzuverlässige Konsumenten. Darum muss ihm seine Geschäftspraxis wirksame Gegengewichte bieten, die ihm kein Gesetzgeber ganz absprechen darf. Der Abzahlungshändler wird das drohende Risiko durch ein einheitliches, wohl durchdachtes System betriebstechnischer Massnahmen nach Art der Schadenversicherung durch geringfügige Erhöhung des Kaufpreises (als Versicherungsprämie) auf viele Einzelkunden verteilen, ohne sie allzusehr zu belasten.[8]) Die Mehrheit der günstigen Fälle ermöglicht ihm noch immer einen Gewinn und die Lieferung guter Qualitätsware. Der Geschäftsbetrieb erleidet durch kompliziertere Buchhaltung, vermehrtes Personal, das Erfordernis steter Verbindung mit dem Käufer, grösseren Zeitverlust wegen häufiger Zahlungsschwierigkeiten bei einzelnen

[6]) Scherrer-Füllemann im Nat.-Rat (Sten.-Bull., Bd. 16, S. 706).

[7]) Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins 1905 (Ztschr. f. Schweiz. Recht, Bd. 24 n. F., S. 566 ff. — Einzelne Kantone verbieten das Abz.-Gesch. beim Verkauf von Wertpapieren, analog dem Reichsgesetz, betr. die Abz.-Gesch. vom 16 Mai 1894. § 7.

[8]) Oser S. 441.

Kunden etc. eine Belastung, die sich der Inhaber durch verschiedene Klauseln zu seinen Gunsten beim Kaufabschluss kompensiert. Es sind dies namentlich:

1. Der Eigentumsvorbehalt,
2. Der (reine) Rücktrittsvorbehalt,
3. Der (eingeschränkte) Fälligkeitsvorbehalt,

ferner die Gerichtsstandsklausel, Besichtigungsklausel, die Klausel der Anzeigepflicht bei Wohnungswechsel, alle in beliebiger Kombination oder einzeln auftretend. Vor allem ist unser EV bevorzugt, der den Lieferanten im Konkurs des Käufers, dem praktisch wichtigsten Fall, ein Vindikationsrecht verschafft und zudem bis zur Zahlung Strafschutz. Was wir über die günstigen Wirkungen des Abzahlungsgeschäfts gesagt haben, das ist fast alles die Folge des EV als dessen Wurzel und Stamm.

Im Verhältnis inter partes bedeutet der EV mit oder ohne Abzahlungsgeschäft für beide Teile einen grossen Vorteil. Was geschah nun aber in den vorberatenden Instanzen des ZGB? Fast durchwegs wurde er verkannt und als ein wucherisches, gefährliches Ausbeutungsmittels des wirtschaftlich Starken gegenüber dem Schwachen hingestellt,[9]) alles Erscheinungen, die gar nicht mit unserem Institut zusammenhängen, sondern mit andern Schwesterklauseln desselben beim Abzahlungsgeschäft[10]) und die das Gesetz heute verbietet. Da ist denn auch jedes Wort zu unterstreichen, das über die volkswirtschaftlich gefährlichen, überschüssigen Machtmittel gewisser Abzahlungshändler im Ständerat und (mit Subsumierung unter den EV) im Nationalrat gesagt wurde. Die Praktiken hatten auch in die Schweiz ihren Weg gefunden, nachdem die Gesetzgebung in Deutschland und Oesterreich,[11]) wo das Abzahlungsgeschäft besonders verbreitet ist, schon ein gut Jahrzehnt früher, und in Frankreich im Jahre 1900[12]) gegen sie erfolgreich Sturm gelaufen hatte. Es sind dies die Verfall- oder Ratenverwirkungsklausel, d. h. die Abrede, dass bei Ausübung des Rücktrittsrechts die bezahlten Raten ohne jede Rücksicht darauf, ob wenige oder beinahe alle bezahlt seien, dem Verkäufer verfallen sollen[13]) und der uneingeschränkte Fälligkeitsvorbehalt, d. h. die Verein-

[9]) Bundesrätliche Botschaft zu Entw. 2 von 1904, S. 69, und besonders die Voten im Nat.-Rat (Sten.-Bull., Bd. 16, S. 706 ff.).

[10]) So mit Nachdruck Hoffmann im Ständerat (Sten.-Bull., Bd. 16, S. 1349. Auch Oser S. 488.

[11]) Reichsgesetz, betr. die Abz.-Gesch. vom 16 Mai 1894, und Oesterr. Ges. vom 27. April 1896, betr. die Ratengeschäfte.

[12]) Franz. Ges. vom 12. März 1900 (Vente à tempérament).

[13]) Gewissermaßen als Konventionalstrafe.

barung der sofortigen Fälligkeit des Rests für den Fall der Nichtleistung einer Teilzahlung. Derartige vertragliche Belastungen trafen natürlich wirtschaftlich schwache Käufer ausserordentlich hart und unbillig. Hier hatte der Gesetzgeber die Axt anzusetzen und nicht beim EV,[14]) und er hat es auch getan, einerseits durch Verbot der Verfallklausel (Art. 716 ZGB, 227 OR) und andererseits durch Einschränkung des Fälligkeitsvorbehalts (Art. 228 OR). Ja selbst die vielen Klagen aus landwirtschaftlichen Kreisen betrafen in Tat und Wahrheit die Verfallklausel und nicht den EV an und für sich, der allgemein als Sündenbock behandelt wurde.[15]) Bei Abzahlungsgeschäften im Viehhandel war nämlich ausser dem Normalfall, wo der Nutzen dem Käufer die Unterhaltskosten für das Vieh aufwog und die Bauern beim Verzug und Rücktritt die entrichteten Teilzahlungen verloren, auch der krasse Fall häufig, dass sie mit Schaden gewirtschaftet hatten und der Viehhändler bei Rücknahme der Tiere sich noch um grossen Wertzuwachs bereicherte. Das nützte er auch redlich aus, besonders durch Lieferung frisch trächtiger Kühe an unsichere Zahler.[16]) Hier musste Abhilfe geschaffen werden. Beim blossen Ausschluss des EV, wie das u. a. vom Bauernsekretariat vorgeschlagen war, hätte sich die Verfallklausel nur ausschliesslich dem Rücktrittsvorbehalt angehängt und ob in Zukunft der Viehhändler seine Kühe mit persönlicher oder dinglicher Klage zurückerhalten hätte, würde wohl keinen grossen Unterschied gemacht haben. Ein Verbot des Rücktrittvorbehalts, wie es auch verlangt worden ist, wäre denn doch des Schlechten zu viel gewesen und hätte dem innersten Wesen des gegenseitigen Vertrages, wo eine Leistung das Aequivalent der andern ist, direkt widersprochen.

Auch der Landwirtschaft hat das Verbot der Verfallklausel geholfen, und kaum der Ausschluss des EV beim Viehhandel. (Art. 715 II). Etwaigen Nachteilen des Rücktrittsvorbehalts für die Bauern ist man dadurch zu Leibe gegangen, dass man sie vom Viehhändler unabhängig machte und ihnen das Kreditmittel der Viehverpfändung (Art. 885 ZGB) zur Verfügung stellte. Es ergibt sich uns der Schluss, dass der EV im Innenverhältnis dem Lieferanten als Sicherungsmittel und dem Konsumenten besonders als Produktivkreditmittel gleichmässige Vorteile bringt.

[14]) Hoffmann im Ständerat (Sten.-Bull., Bd. 16, S. 1351).

[15]) Vgl. die Mitteil. des schweiz. Bauernsekretariats No. 14 (Besprechung des Sachenrechts im Entw. z. ZGB. Bern 1902, S. 38).

[16]) Laur und Bühlmann in der Expertenkommission, Prot. 3, S. 79.

§ 2.

Das Aussenverhältnis zwischen dem Erwerber und Dritten.

Die wuchtigsten Angriffe hat das pactum reservati dominii vor seinem Sieg im ZGB nicht wegen seiner Wirkung inter partes, sondern wegen der Nachteile Dritten gegenüber erfahren, ausnahmslos und mit Recht. Die Wirkungen des EV sind eben nicht nur interner Natur, sondern betreffen als sachenrechtliche Verhältnisse jedermann, der mit dem Besitzer in Verkehr tritt. Der sichtbare Besitz gibt nur dann über das Vermögen seines Trägers wahrheitsgetreu Auskunft, wenn er sich mit dem unsichtbaren Eigentum deckt. Das moderne Recht, das die grösstmögliche Uebersicht und Publizität der Sachenrechte erstrebt, will es nicht zulassen, dass man sich zum Nachteil anderer, namentlich der Gläubiger mit fremden Federn schmückt. Die fundamentale Bedeutung des heutigen Kreditwesens ist bekannt. Ein legislativpolitisches Ziel muss es deshalb sein, die Klarheit und Zuverlässigkeit desselben zu heben und damit der Erschütterung durch Täuschung, Schein und Missbrauch Schranken zu setzen.[1]) Es geht nicht an, einerseits Vorschriften aufzustellen, die dem Schutz des gutgläubig Kreditierenden entsprechen, wie z. B. die Publizität des Pfandrechts und andererseits Bestimmungen zu erlassen, die mit diesen in flagrantem Widerspruch stehen. Das hätte denn auch ein unerkennbarer EV bedeutet. Denn es ist allzu bekannt, dass ein solcher das famoseste Mittel ist, und z. B. unter der Herrschaft des früheren OR auch gewesen ist, um die Faustpfandprinzipien und das Verbot der Mobiliarhypothek zu umgehen.[2]) Die Gläubiger des Erwerbes befinden sich dann in einer misslichen Lage, denn wenn sie Angst erfüllt, ob der drohenden Zahlungsunfähigkeit ihres Schuldners nach dessen Habe, der Fabrikeinrichtung, dem Mobiliar usw. greifen wollen, ruft ihnen der Verkäufer oder gar der Schuldner selbst von weiten den EV zu! Wer kreditiert, der tut dies im stillen Vertrauen auf verwertbare Vermögensobjekte des Schuldners und die Haftung mit seinem ganzen Vermögen. Aus diesem Grunde und weil nur diese Lösung mit den Grundsätzen des modernen Rechts und der dadurch geschützten Verkehrssicherheit verträglich ist, muss der EV auf irgend eine Weise der Publizität unterworfen werden. —

Wenn die Drittgläubiger des Erwerbers (dem ja faktisch doch verkauft und Eigentum übertragen werden soll) andrer-

[1]) Huber, Erl. zum Vorentwurf, S. 17 ff.

[2]) Vgl. z. B. die mysteriöse Manipulation im Tatbestand von Bg. 14, 111. — Ueber die Bedenken zu BGB., § 455: Endemann, S. 972, Anm. 20.

seits auch bei publikem EV durch die Spezialsicherung des Lieferanten in den Anwartschaften auf die exekutionsfähigen Vermögensobjekte ihres Schuldners geschmälert werden können, so werden wir doch sehen, dass die Praxis bereits wirksame Abhilfe geschaffen hat. Ganz lassen sich die gegen Dritte gerichteten Spitzen des EV weder im Privat- noch im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht abbrechen. Wo aber ein allzu grosser Interessenkonflikt entstehen würde, da kann eine freie Stellung des Richters und ausgedehnte Fassung und Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen Gutes wirken. Durch die Publizität lässt sich im Grossen und Ganzen ein Interessenausgleich zwischen dem Erwerber, (wie übrigens auch dem Veräusserer) und Dritten schaffen.

§ 3.

Der EV vor dem Inkrafttreten des ZGB und die Entstehung dessen Vorschriften.

Unter den zahlreichen kantonalen Kodifikationen des verflossenen Jahrhunderts hat nur das „Zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch", das moderne germanistische Gesetzeswerk J. C. Bluntschlis und Vorposten des ZGB das pactum reservati dominii aufgenommen. Sein von 1855 datierendes Obligationenrecht bestimmt in zwei ausführlichen und juristisch sicher konstruierten Vorschriften folgendes:

D. Vorbehalt des Eigentums an der verkauften Sache.

§ 1454. Wenn sich der Verkäufer das Eigentum an der verkauften Sache vorbehält, bis der Kaufpreis bezahlt sei, so wird dadurch auch bei Kreditkäufen der Eigentumsübergang bis zur Erfüllung dieser Bedingung gehemmt.

Bei dem Verkauf von Grundstücken kann die kanzleiische Fertigung erst nach dem Eintritt dieser Bedingung vorgenommen werden.

§ 1455. Der Vorbehalt des Rückfalls des Eigentums an der verkauften Sache an den Verkäufer, wenn nicht bis zu einem Termin der Preis bezahlt sei, kann nicht bewirken, dass mit dem Eintritt dieser Resolutivbedingung das abgetretene Eigentum ohne weiteres an den Verkäufer zurückkehrt, sondern nur, dass der Käufer verpflichtet ist, das Eigentum an den Verkäufer, durch kanzleiische Fertigung bei Grundstücken, durch Uebergabe der beweglichen Sachen zurückzugeben.

Der bundesrätliche Entwurf vom Juli 1879 zum alten OR andrerseits hat dem EV die Wirksamkeit benachteiligten Dritten gegenüber bewusst und konsequent versagt in

Art. 219 II. Ist die veräusserte Sache in den Gewahrsam des Erwerbers übergegangen, so sind Verabredungen, durch welche der Veräusserer zum Nachteil der Gläubiger des Erwerbers sich das Eigentum vorbehält, unwirksam.

Diese von den Räten zuerst angenommene, dann aber bei der endgültigen Redaktion dem Parlament regelrecht entfallene Bestimmung ging nicht ins OR von 1881 über.[1]) Daher war die sehr streitige Frage der Gültigkeit des EV Sache der Interpretation. Die herrschende Meinung und konstante Praxis des Bundesgerichts bejahten die Wirksamkeit der Vereinbarung mit dem kurz angebundenen Argument: Was nicht verboten ist, das ist erlaubt und erklärten damit den sofortigen Eigentumswechsel bei der Fahrnisübertragung für dispositiver Natur.[2]) Andere erblickten im Schweigen des Gesetzes ein Verbot und im unmittelbaren Eigentumsübergang bei der Tradition jus cogens,[3]) in der Vereinbarung des EV ein agere in fraudem legis,[4]) eine mit dem Wesen des Kaufs unvereinbare Bestimmung,[5]) oder Simulation. Als sich das Bundesgericht in seinem ersten, für den betreffenden Fall sehr anfechtbaren Entscheid vom 10. März 1888 in Sachen Schmid c/a Rothermel[6]) im allgemeinen für die Zulässigkeit des pactum reservati dominii aussprach, richtete sich auch die kantonale Gerichtspraxis darnach und es bildete sich, wie im gemeinen Recht, ein festes Gewohnheitsrecht aus. Dies ist auch in das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht hineingewachsen, das den EV ebenfalls dem Buchstaben nach nicht kennt. Was die Praxis unter der Herrschaft des alten OR geschaffen hat, ist zum Teil auch unter dem neuen Recht noch brauchbar und wird dort Verwertung finden.

Der Vorentwurf zum ZGB vom Jahre 1900 (E. 1) enthält ebenso wie das OR von 1881 keine Bestimmung über den EV,[7]) demgemäss aber auch kein Verbot. Dem wirtschaftlichen Bedürfnis nach Förderung des Mobiliarkredits wurde entsprochen durch das Projekt einer Fahrnisverschrei-

[1]) Vgl. die genaue Untersuchung von Stückelberg, S. 335 ff.

[2]) Die Kommentar- und sonstige Literatur meist im Anschluß an Art. 264 OR. (a): So Hafner, Art. 264, Anm 4, und Art. 199, Anm. 5; Haberstich, S. 50; Oser, S. 472; Rossel, S 338 unten; Schneider, Art. 264, Anm. 3 ff. und 199, Anm. 3; Pfister, S. 253, 255. Bg. 14, 116; 20, 540; 24^2, 93; 25^2, 499; 29^2, 712; 32^2, 162 und 186; 33^2, 274; 35^2, 42; 37^1, 166; H. E.: Zürich, Bd. IV, S. 155 und Bd. VI, S. 311 Aargau, Revue Bd. VIII, No. 71 Waadt, Revue Bd. VII, No. 44. Basel, Revue Bd. IX, No. 16; weitere Belege bei Schneider OR. (a), Art. 264, Anm. 4

[3]) Energisch Stückelberg, S. 347; Thurg. Oberger. Urt. von 3. III. 1888 in der Revue der Gerichtspraxis Bd. VI, No. 83.

[4]) Thurg. Oberger a. a. O.

[5]) Stückelberg S. 344 ff.

[6]) Bg. 14, 116. Dazu die Besprechung bei Stückelberg S. 352 ff.

[7]) Ebenso wie der Entwurf 1 des BGB.

bung (Art. 884 ff.) für Vieh, bewegliche Betriebseinrichtungen, Vorräte und Warenlager, falls diese Sachen ihrem Eigentümer zur Ausübung seines Berufes oder Gewerbes dienen. Dies ausser zur Deckung des kreditierten Kaufpreises als allgemeines Sicherungsmittel. Die Expertenkommission verwarf mit schwacher Mehrheit den EV nach langer Diskussion,[8]) während die Fahrnisverschreibung für Vieh, Vorräte und Warenlager nur zur Sicherung von Forderungen kantonal ermächtigter Geldinstitute und Genossenschaften sollte errichtet werden können, für Betriebseinrichtungen aber auch zugunsten anderer Gläubiger.

Die bundesrätliche Botschaft und E. 2 von 1904 sanktionierte dies (Art. 890 ff.) und auch das (relative) Verbot des EV (Art. 702).[9])

In der Bundesversammlung übernahm der Nationalrat das Verbot, während er auch die Fahrnisverschreibung dem Grabe näher brachte durch Beschränkung auf „Betriebseinrichtungen und hausrätliche Gegenstände" und Streichung der „Vorräte und Warenlager". Zudem sollte die Sicherung nur für Kaufpreisforderungen möglich sein und beim Viehhandel bloss zur Sicherung von Geldinstituten und Genossenschaften, die von der zuständigen Behörde ihres Wohnsitzkantons ermächtigt sind, solche Geschäfte abzuschliessen. (Art. 890 bis).[10])

Der Ständerat gab der Fahrnisverschreibung den Todesstoss und erweckte den EV wieder zum Leben.[11]) Er liess sich dabei bestimmen von der langjährigen Verschmelzung dieses Instituts mit der Praxis und den grossen wirtschaftlichen Vorteilen dieses „erstklassigen Kreditmittels", das ein wirtschaftliches Bedürfnis sei, so lange es kreditwürdige und kreditunwürdige Schuldner gebe. Der EV und noch weniger das Abzahlungsgeschäft könnten durch „papierene Paragraphen" aus der Welt geschafft werden, ohne dass man damit allen Ränken und Schlichen Tür und Tor öffne. Ein Verbot hätte das Kreditieren nicht verhindert, sondern nur den Schuldner an schwerere Bedingungen geknüpft und daher den, der der Hilfe am meisten bedarf, wirtschaftlich noch tiefer hinabgedrückt.[12]) Das pactum reservati dominii sollte im allgemeinen Interesse gerade den Produktiv- und nicht den Konsumtivkredit er-

[8]) Prot. 3, S. 131 ff. u. a. weil die Fahrnisverschreibung den EV. ersetzen sollte

[9]) Art. 702. Der Empfänger wird Eigentümer der übertragenen Sache, auch wenn sich der Veräußerer das Eigentum bis zur Entrichtung einer Gegenleistung vorbehalten hat.

[10]) Antrag Laur, Prot. 3, S. 131

[11]) Vgl. das Referat vom Ständerat Hoffmann (Sten.-Bull., Bd. 16, S. 1349 ff.)

[12]) Oser S. 503.

leichtern, ein Ziel, dem die Fahrnisverschreibung nur schwerfällig und für beschränkte Sachgebiete entgegenkam. Der EV war viel anpassungsfähiger und einfacher (weil auf dem Prinzipe der juristischen Oekonomie beruhend), ganz abgesehen von seiner vindikatorischen Kraft. Handel und Industrie verlangten ihn in zahlreichen Eingaben stürmisch und nur das St. Gallische Kaufmännische Direktorium meinte kühn: „Den EV würden wir unbedenklich der Fahrnisverschreibung opfern!" Das Institut siegte aus eigener Kraft. Der Ständerat stellte dagegen, wie es für die Fahrnisverschreibung vorgesehen war, die Publizitätsvorschrift, der Eintragung in ein öffentliches Register auf (Art. 715 ZGB). Ersteres Institut beschränkte er auf den Viehhandel, wie es heute Art. 885 ZGB enthält. Diese sehr glückliche Lösung, welche die Vorteile des EV mit den Interessen des Verkehrs aussöhnte, erhielt auf Antrag des Referenten Eugen Huber im Nationalrat stillschweigende Zustimmung. Die Auseinandersetzungsvorschrift des jetzigen Artikels 716 ZGB, die der Ständerat nur für Abzahlungsgeschäfte aufgestellt hatte, wurde hierauf noch für alle Fälle, wo jemand Gegenstände unter EV ohne Zahlung des Kaufpreises überlassen hat, anwendbar erklärt und der Ständerat stimmte dieser Verbesserung seinerseits zu.[13]) Damit haben die Räte auch die willkürliche Bestimmung, wonach der EV nach Art des gemeinrechtlichen pactum reservatae hypothecae wirken sollte, als Entwertung dieses Institutes verworfen.[14]) Man wollte Eigentum und Pfandrecht scharf trennen und nicht den Parteien die Worte im Munde verdrehen. Wie wir sehen, ging der EV immerhin mit drei Einschränkungen ins ZGB über:

1. Publizität durch Eintragung in ein öffentliches Register.
2. Ausschluss beim Viehhandel.
3. Verbot der Verfallklausel.

Damit hat das Parlament bekundet, dass die Rechtsordnung kein Interesse daran hat, strenger zu sein, als die Bedürfnisse der Verkehrswelt es zu ihrer Befriedigung verlangen müssen.

[13]) Sten.-Bull., Bd. 17, S. 314 und 318.

[14]) Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins 1905. Thesen von Oser. (Ztschr. für Schweiz. Recht, Bd. 24, n. F. S. 521).

II. Abschnitt.

Der Eigentumsvorbehalt im Z.G.B.

§ 4.

Gesetzliche Regelung und Anwendungsgebiet des EV.

Das ZGB spricht vom „Eigentumsvorbehalt im allgemeinen" in Art. 715 und bestimmt dort folgendes:

„Der Vorbehalt des Eigentums an einer dem Erwerber übertragenen beweglichen Sache ist nur dann wirksam, wenn er an dessen jeweiligem Wohnort in einem vom Betreibungsbeamten zu führenden öffentlichen Register eingetragen ist.

Beim Viehhandel ist jeder Eigentumsvorbehalt ausgeschlossen."

Besondere Bestimmungen betreffen die Geltendmachung des EV (Art. 716 ZGB), den EV beim Abzahlungsgeschäft (Art. 226 und 227 OR) und beim Grundstückskauf (Art. 217 OR).

Eine Auslegungsregel, wie sie § 455 BGB aufstellt, die dem Richter helfen könnte im Zweifel, d. h. bei Unklarheit des Parteiwillens das wirklich Gewollte zu erklären, fehlt. Unsere Aufgabe wird es daher sein, eine solche zu konstruieren. Immerhin wollen wir nicht mit unsicheren Begriffen arbeiten und definieren den Eigentumsvorbehalt (wenigstens die Begriffsbestimmung vorausnehmend) wie folgt:

Der EV ist nach seiner dinglichen Seite eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung des Uebertragungsvertrags und zugleich in obligatorischer Hinsicht beim Kaufvertrag im Zweifel ein Rücktrittsvorbehalt zu Gunsten des Verkäufers für den Fall des Zahlungsverzugs des Käufers.

Die Stellung des EV im Gesetz (Art. 715/16) ist deswegen, weil er eine Ausnahme von der normalen Uebertragung des Fahrniseigentums, wie sie in Art. 714 ZGB unter den „Erwerbsarten" geregelt ist, ausdrücklich gestattet, durchaus logisch. Die Regelung des pactum reservati dominii im Sachenrecht entspricht aber auch seiner vorwiegend dinglichen Natur, also juristischen Gesichtspunkten, während der EV des BGB unter den Vorschriften des Schuldrechts auf den praktischen Hauptanwendungsfall, nämlich den Kauf zugeschnitten, (nicht aber beschränkt) ist.

a) Das juristische Anwendungsgebiet.

Dieses dehnt sich auch im ZGB nicht nur auf den Kauf aus (Art. 184 OR), sondern der EV ist von einer bestimmten causa der Eigentumsübertragung überhaupt vollständig losgelöst. Auf Grund welchen Kausalgeschäfts immer (mit einziger Ausnahme des Darlehens)[1]) im Normalfall nach Art. 714 Eigentum übertragen werden soll, ist eine solche Ausnahmebestimmung zum Uebertragungsvertrag zulässig und wirksam,[2]) vorausgesetzt nur, dass die Publizitätsvorschrift eingehalten wurde. Das sagt uns vor allem die Stellung des Art. 715, seine für alle Veräusserungsgeschäfte passenden Oberbegriffe „alienateur" und „Erwerber (aquéreur acquirente)". Durch die Vorschrift ist eben nicht nur die Frage der Gültigkeit des EV beim Kauf, sondern diejenige der bedingten Tradition im weitesten Sinne des Wortes mit den gegebenen Einschränkungen bejaht worden.

Es ist daher ein EV, dessen Formrichtigkeit ich hier ein für allemal voraussetze, nach Art. 715 ZGB auch zulässig beim sogenannten Werklieferungsvertrag (Art. 365 I OR) und beim Tauschvertrag (Art. 237 OR)[3]). Bei diesen gegenseitigen Verträgen wird der Eigentumsübergang im Regelfalle wie beim Kauf von der Erfüllung der Gegenleistung abhängig gemacht. Auch die Schenkung (Art. 239 OR) kann unsere Klausel aufnehmen. Diese Ansicht hat im gemeinen Recht Thorsch (S. 9) auf Grund unscharfer Trennung des dinglichen und obligatorischen Vertrags erfolglos angefochten. Ich kann mir sehr wohl, wenn der Besitzübergang sofort stattfindet, zu meiner Sicherung, z. B. bis zur Erfüllung einer Bedingung oder einer Auflage (Art. 245 OR) das Eigentum vorbehalten, das ja ohne diese Abrede sofort übergehen würde. Dann bin ich, wenn die Bedingung nicht eintritt, oder die Auflage nicht erfüllt wird, bei der Schenkung von Hand zu Hand und beim vollzogenen Schenkungsversprechen nicht auf den obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung der Bereicherung verwiesen (Art. 62. 249 OR). Ich kann vielmehr die übergebene Sache auf Grund meines Eigentums vindizieren. Der Schenkungsvertrag selbst ist unbedingt geschlossen.[4]) - Der Schenkung unter (temporärem) Vorbehalt des Eigentums ist gleichzustellen

[1]) Hier wäre ein EV. praktisch und begrifflich ein unsinniges Phantom.

[2]) So auch die herrschende gemeinrechtliche Theorie. Statt vieler: Dunker, S. 48. Contra: Thorsch, S. 8. Die schweizerische und deutsche Kommentarliteratur schweigt sich aus.

[3]) Vgl. Fick, S. 407, Anm 17; Bg. 39[1], 155; Thilo, S 75. BGB: Behrens, S. 8 f.; Kunze, S. 15, und die herrschende gem.-rechtl. Theorie. Statt vieler: Dunker, S. 76 unten. A. M.: von Geyso, S. 166.

[4]) Zustimmend Thilo, S. 76. BGB: Kunze, S. 26; Behrens, S. 8 ff.

die Zuwendung sub pacto reservati dominii als Heiratsgut, Ausstattung und dergl., weil sie das Gesetz als besondere Rechtsgeschäfte nicht regelt, wie etwa das römische und gemeine Recht die Dosbestellung oder das BGB den Rechtsanspruch der Tochter auf Aussteuer in § 1620. Namentlich im Hinblick auf künftige Eheschliessung ist ein solcher EV des Zuwendenden denkbar und zulässig.[5]) — Ein EV muss aber auch möglich sein zur Sicherung von Ansprüchen auf Grund einer Auseinandersetzung. So z. B. bei Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (Art. 236 ZGB) und auf erbrechtlichem Gebiet bei Uebertragung auf Grund eines Teilungsvertrags (Art. 634 ZGB)[6]) oder eines Vertrages über angefallene Erbanteile nach Art. 635 (Erbauskauf und dergl.).

Es lassen sich noch andere Fälle denken. Sie sind selten und wenn wir im folgenden nur den Kauf (besonders auch das Abzahlungsgeschäft) berücksichtigen, so tun wir das, wie das BGB aus praktischen, keineswegs aber aus sachlichen Gründen.

b) Das gegenständliche Anwendungsgebiet.

Das gegenständliche Anwendungsgebiet erstreckt sich laut Art. 715 mit einziger Ausnahme des Viehs (Abs. II) auf alle, aber auch nur auf bewegliche Sachen, d. h. auf Fahrnis im Sinne des Art. 713 ZGB.[7]) Praktisch kommen nur „die ihrer Natur nach beweglichen körperlichen Sachen" mit Bestandteilen und Zugehör, nicht aber „die Naturkräfte" für uns in Frage. An unkörperlichen Gegenständen und Werten, besonders an Immaterialgüterrechten kann daher ein Eigentum nicht vorbehalten werden. Wie wir bereits wissen, sind die Objekte des EV im Normalfall Gegenstände, die dem Erwerber zum Ge-brauch (besonders zur Produktion), nicht aber zum Ver-brauch, zur Verarbeitung, oder zum verkehrsmässigen Umsatz dienen, also namentlich

Nichtverbrauchbare Sachen. Meist handelt es sich um ein oder mehrere[8]) bestimmte Sachen, z. B. um Ma-

[5]) D. 23, 3, 7, 3. Ebenso Thilo, S. 76. Im BGB. ebenfalls anwendbar.

[6]) Im Prinzip Bg. 20, 540. Auch fürs BGB. denkbar.

[7]) BGB. § 455 umfaßt ebenfalls nur bewegliche Sachen, dagegen ohne jede Ausnahme. — Die Sache kann außer im Alleineigentum auch im Miteigentum (Art. 646 ZGB), oder im Gesamteigentum (Art. 652 ZGB.) stehen. — Ein juristisches Kuriosum entsteht, wenn sich Mit- oder Gesamteigentümer bei Tradition auf Grund einer Auseinandersetzung (z B. im Falle der Art. 634 oder 635 ZGB.) das Eigentum gegenüber einem unter ihnen vorbehalten. Vgl. dazu Bg. 20, 540.

[8]) Für den Registereintrag bei größerer Anzahl von Gegenständen und die erforderliche Inventaraufnahme vgl. VO, Art. 7, Lit. f., sowie Anm. 11 hiernach.

schinen bei Speziesschulden, seltener bei Gattungsschulden. Aber selbst bei

Verbrauchbaren Sachen, z. B. bei einem Quantum Mehl ist ein EV zulässig und wirksam, jedoch längstens bis zum Verbrauch durch Verarbeitung oder Veräusserung. Trotz des normalerweise dem Käufer in der Schwebezeit fehlenden Verfügungsrechts (also auch des Rechts zur Konsumption) kann er eine ausdrückliche oder stillschweigende Erlaubnis des Verkäufers besitzen, die Sache nach und nach, nicht aber als Ganze zu verbrauchen, zu verarbeiten oder zu veräussern. Stillschweigende Zustimmung ist auf Grund des wirtschaftlichen Zwecks der verbrauchbaren Sache im Zweifel anzunehmen. All das steht der Ernstlichkeit eines Vorbehalts nicht entgegen, weil der Verkäufer durch den EV am verbleibenden Restbestand (es handelt sich ja meist um grosse Quantitäten) noch hinreichend gesichert ist. Handelt es sich um ein Abzahlungsgeschäft, so mindert sich ausserdem die Schuld des Käufers und damit das Sicherungsbedürfnis seines Gläubigers mit jeder Ratenzahlung.[9])

Bei der Sachgesamtheit, z. B. beim Verkauf einer Betriebseinrichtung oder eines Handelsgeschäftes ist ein EV, da es sich nicht um eine bewegliche Sache im Sinne von Art. 713 ZGB handelt, nur als an jeder einzelnen körperlichen Sache, nicht aber am Inbegriff als solchem bestehend, möglich und auszulegen.[10]) Eine derartige Korrektur des geläufigen, juristisch aber ungenauen Sprachgebrauchs ist für Eigentumsvorbehalte, die nach Inkrafttreten des ZGB begründet wurden, in der Regel nicht mehr nötig, weil bei der Eintragung in das EV-Register für eine Sachgesamtheit ein genaues Inventar einzureichen ist (Vo. Art. 7, Lit. f.).[11]) Umfasst dieses Konsumptibilien, oder Sachen deren bestimmungsgemässer Gebrauch in der Veräusserung der einzelnen Stücke besteht, so hat der

[9]) Vgl. zum Text: Leemann Komm., Art. 715, IV; H. E. IV., S 155; Thilo, S. 111. BGB.: Dernburg II, 2. § 171, Anm. 12; Staudinger, § 455, II. lc.; Oertmann § 455. 2; OLG. Karlsruhe, i. d. DJZ. Jhg. 7, S 252; BGB. § 92. Gegen den EV. an Konsumptibilien, früher Stückelberg S. 345 und 351.

[10]) So für Betriebseinrichtungen ohne weiteres das Bg., dessen Entscheide vorwiegend Sachgesamtheiten betreffen: Buchdruckereiinventar (Bg. 14, 116); Landwirtschaftl. Inventar (Bg. 20, 540); Werkzeuge und Betriebsmittel (Bg. 24², 93); Uhrenatelier (Bg. 25², 499) etc. Für Handelsgeschäfte: Rg. 67, 383; Staudinger, § 455, II, 1 b; Staub, § 382, Anm. 70.

[11]) Weder die Ordnungsvorschrift der Einreichung jedoch, noch gegebenenfalls diejenige der Benennung der einzelnen Sache innerhalb des Inventars, sondern bloß die Bezeichnung des Sachinbegriffs im Register ist Gültigkeitsvoraussetzung des Vorbehalts und für obige Auslegung maßgebend. Absolute Spezifizierung der hintersten Sache wäre z. B. beim Verkauf eines Handelsgeschäfts geradezu unmöglich. Nur ein Begriff umfaßt alles.

Käufer trotz des Verzeichnisses die soeben für die verbrauchbaren Sachen erwähnten gesteigerten Befugnisse.

Beim Handelsgeschäft oder Warenlager muss ihm daher Teilverwendung und besonders die Einzelveräusserung im ordnungsmässigen Geschäftsbetriebe im Zweifel gestattet sein. Der EV ruht dann auch hier auf dem Restbestand.[12]) Allgemeine Vorschriften über den Eigentumserwerb an Sachgesamtheiten und an später ihnen einverleibten einzelnen Sachen enthält das ZGB nicht. Ein Surrogationsprinzip, wonach Ersatzstücke ohne weiteres in das durch den Vorbehalt des Lagerverkäufers gesicherte Eigentum fallen würden, ist abzulehnen. Dem würde die Norm des Art. 714 ZGB mit dem Traditionsprinzip entgegenstehen.[13]) Auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung kann jedoch Besitz- und Eigentumserwerb des Lagerverkäufers durch den Käufer als Stellvertreter nach Art. 923 ZGB erfolgen. In diesem Fall treten die Ersatzstücke unter den EV.[14]) Ein genereller EV an allen im Lauf einer Geschäftsverbindung zum Verkauf gelangenden Sachen ist im Gegensatz zum BGB[15]) unmöglich, weil der Registereintrag sich nur auf genau bestimmte, konkrete Veräusserungsobjekte beziehen darf (Vo. Art. 7 u. 17). Dagegen steht einem EV beim Sukzessivlieferungsgeschäft nichts im Wege, sei es, dass die einzelne Lieferung, oder die zum vornherein bestimmte Gesamtlieferung ins Register eingetragen wird.

„Beim Viehhandel ist jeder EV ausgeschlossen" (prohibé) (Art. 715 II ZGB). Grosse Bedeutung hat diese Norm nicht. Hätten nicht das kategorische Verbot der Verfallklausel und die Einschränkung des Fälligkeitsvorbehalts auch im landwirtschaftlichen Abzahlungsverkehr heilsam gewirkt, so würden trotz dieser Ausnahmebestimmung die gehobenen Missstände noch heute einfach beim Rücktrittsvorbehalt bestehen. Der Begriff des Viehhandels bezw. des Viehs ist in Art. 198 OR ausgesprochen. Demnach bezieht sich auch unsere Bestimmung bloss auf Pferde, Esel, Maultiere, Rindvieh, Schafe, Ziegen und Schweine, nicht auf die übrigen Haustiere, wie Hunde, Geflügel etc. Viehstücke, die zu einem unter EV verkauften landwirtschaftlichen Inventar, also zu einer Sachgesamtheit

[12]) Staudinger, § 455, II 1. d.; Oertmann, § 455, 2.; Staub, § 382 Anm. 69; Thilo, S. 111. Gegen den EV. an Warenlagern, früher Oser, S. 491, Anm 49.

[13]) Ebenso die gem. rechtl. Praxis S. A. 35, 103; 36, 127. Unmaßgeblich ist Art. 895 des E. 2 zum ZGB.

[14]) Dies selbst, wenn die Angaben des Inventars für dieselben nicht mehr stimmen. Der Käufer kann obligatorisch zur jeweiligen Berichtigung verpflichtet sein. Zum Text: Staub, § 382, Anm. 69. A. M. Curti, Art. 715. Anm. 11.

[15]) Staudinger, § 455, 1. d.; Oertmannn, § 455. Anm. 2.

gehören, fallen als Einzelsachen unter Art. 715 II, auch wenn man von einem „Viehhandel" nicht reden kann. Es sollte eben der EV bei Vieh schlechtweg ausgeschlossen sein. Ist solches im eingereichten Verzeichnis aufgeführt, so gilt es als nicht eingetragen. Wird dem Verbotsgesetz zuwidergehandelt, und ein EV beim Verkauf von Vieh vereinbart, so ist nicht etwa die bedingt erklärte Eigentumsübertragung nichtig. Eine derartige Sanktion würde das Verbot geradezu hinfällig machen und gegen die ratio legis, trotz der Tradition das Eigentum beim Verkäufer belassen. Es tritt vielmehr unter allen Umständen sofortiger Eigentumsübergang ein. Dies schon aus dem Grund der fehlenden Eintragungsmöglichkeit (Vo. Art. 6 II). Es gelten hier dieselben Wirkungen wie beim zulässigen, aber nicht eingetragenen EV und für die Umgehung des Verbots kommen die gleichen Wege in Frage, die bei der Umgehung der Publizität des EV oder der Bestimmungen über das Abzahlungsgeschäft.[16]) Ein reiner Rücktrittsvorbehalt nach Art. 214 III OR und 226 OR ist im Viehhandel stets gestattet. Beim Grundstückskauf ist die Eintragung eines EV in das Grundbuch ausgeschlossen (Art. 217 II OR). Damit ist das pactum reservati dominii im Gegensatz zum gemeinen Recht,[17]) aber in Uebereinstimmung mit dem BGB (§ 925 II) im ZGB, wo es zur Uebertragung des Grundeigentums der Eintragung in das Grundbuch bedarf (Art. 656), im Liegenschaftsverkehr ein für allemal ausgeschaltet. Der unterschiedslosen Anwendung seiner Grundsätze auf unbewegliche Sachen würden die Grundsätze des modernen Grundbuchrechts entgegenstehen. Dieses gestattet zur Uebersichtlichkeit und Bestimmtheit der Grundbuchverhältnisse die Eintragung von Bedingungen und Zeitbestimmungen, an welche der Eigentumsübergang geknüpft wird, nicht. Der Verkäufer kann sich jedoch zur Sicherung seiner Forderung an dem verkauften und übergebenen Grundstück den Aufschub des Eintrages ausbedingen. Ueberdies ist er für die Zahlung des Kaufpreises durch das gesetzliche Pfandrecht nach Art. 837 Ziff. 1 ZGB hinreichend gedeckt, wie beim pactum reservatae hypothecae im gemeinen Recht.[18]) Da bei Grundstücken ein Be-

[16]) Ueber die Verbotsnorm: Leemann, SchJZ., Jhg. 6, S. 297 ff. Als Ersatz des EV. im Viehhandel funktioniert das wiederholt zitierte Kreditmittel der Viehverpfändung (Art. 885 ZGB.)

Die vor dem 1. Januar 1912 begründeten EV. an Vieh, behalten auch nach Inkrafttreten des ZGB. ihre Wirkung. Ebenso Leemann, Komm. Art. 715, N. 27. Die kantonale Gerichtspraxis schwankt. Vgl. SchJZ, Jhg. 10, Redaktionsanm. auf S. 158. Ueber die Frage der Eintragungsmöglichkeit altrechtlicher EV. an Vieh siehe § 7, Anm. 10 (Art. 6 II).

[17]) Dunker, S. 86; Leonhardt, § 13.

[18]) Eine solche Auslegung des EV. bei Grundstücken lassen im BGB. unter Umständen zu Planck, § 455, Anm. 5; Oertmann, § 455, Anm. 2.

dürfnis nach dem EV nicht besteht, werden wohl solche weisse Raben in Kaufverträgen nie vorkommen. Gegebenenfalls würde eine derartige Vereinbarung als Verpflichtung zur Rückübertragung des Grundeigentums für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises ausgelegt werden können. Diese bedingte Forderung dürfte jedoch (im Gegensatz zu BGB § 883 I, Satz 2) nicht als persönliches Recht im Grundbuch vorgemerkt werden, weil das im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist (Art. 959 ZGB) und wäre deshalb unsicher. Natürlich kann bei einem Grundstücksverkauf das Eigentum an der (beweglichen) Zugehör vorbehalten werden, beispielsweise bis zur vollständigen Tilgung des für Mobilien und Immobilien vereinbarten Gesamtpreises. Dann steht auch einem Registereintrag nichts entgegen (Vo. Art. 6 II).[19])

Zugehörstücke (Art. 644/5 ZGB) können nämlich als selbständige Sachen Gegenstand eines besonderen Eigentums und damit auch eines EV sein. Normalerweise teilen sie zwar das rechtliche Schicksal der (beweglichen oder unbeweglichen) Hauptsache, weil der wirtschaftliche Zusammenhang mit dieser nicht ohne Not zerrissen werden soll. Wird aber eine Ausnahme gemacht, so bezieht sich die Verfügung über eine Sache nicht auf die Zugehör und die vorbehaltlose Eigentumsübertragung ergreift in diesem Falle bloss die Hauptsache.

Bestandteile (Art. 642 ZGB) folgen im Gegensatz zur Zugehör immer dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache. Sie sind keine Sachen, nicht Gegenstand eines besonderen Eigentums und folglich auch nicht eines EV. Ein pactum reservati dominii, das sich auf einen Bestandteil bezieht, ist wirkungslos, selbst wenn die Formvorschriften des Art. 715 ZGB durchaus erfüllt sind. Es wird wirkungslos, auch wenn es an einer selbständigen Sache wirksam begründet wurde, diese aber nachträglich zum Bestandteile einer anderen beweglichen oder unbeweglichen Sache des Erwerbers oder eines Dritten herabsinkt. Unwirksamkeit tritt bei Fahrnis ein durch Verarbeitung (Art. 726 ZGB), jedoch nur, wenn der Verarbeiter Eigentümer der neuen Sache wird. Ebenso bei Verbindung und Vermischung (Art. 727 ZGB), aber auch hier nur, wenn der Bewerber oder ein Dritter Alleineigentum erwirbt, oder wenn Miteigentum entsteht. Viel häufiger, als Bestandteil einer beweglichen Sache, wird Fahrnis Bestandteil eines Grundstücks (Art. 667 II ZGB) und damit immobilisiert. All diese sachenrechtlichen Vorschriften unterliegen nicht der Parteiwillkür und bedeuten trotz Verein-

[19]) Vgl. Bg. 32², 167; Bg. 20, 540.

barung und Eintragung eines EV zwingendes Recht. So ändert selbst die Verstärkung des EV durch die ausdrückliche Verabredung, es dürfe der Veräusserer die Sache bei Zahlungsverzug zurücknehmen an der Bestandteilseigenschaft nichts.[20]) Die eigenmächtige Wegnahme würde nach Art. 41 OR haftbar machen. Auch der Umstand, dass der EV durch Zeichen an der Kaufsache, die Bestandteil geworden ist, kenntlich gemacht wurde, bleibt selbst dann unerheblich, wenn ein Dritter, z. B. der Grundpfandgläubiger deren Bedeutung erkannt hatte.[21]) Wird der Bestandteil von der Hauptsache wieder getrennt, so lebt das frühere Eigentum und damit auch der (vielleicht noch eingetragene) EV nicht wieder auf, denn das ZGB kennt kein dominium dormiens. Damit ist die gesetzliche Regelung des EV allerdings nur zum allerkleinsten Teil behandelt. Besonders das Erfordernis der Publizität in Art. 715 wird an geeigneterer Stelle Beachtung finden. Desgleichen die Vorschriften über den EV in Art. 716 ZGB und 226/7 OR.

§ 5.

Eigentumsvorbehalt und Bestandteil bei Maschinen.

Die Tatsache, dass das vorbehaltene Eigentum schlechtweg untergeht, sobald die veräusserte Sache Bestandteil wird, andrerseits aber (abgesehen nur vom gutgläubigen Erwerb)[1]) bestehen bleibt, wenn sie nur die Zugehör einer anderen Sache bildet, hat namentlich für den Maschinenhandel eine sehr grosse Bedeutung. Hier ist die Möglichkeit der Immobilisierung der Maschinen durch Montierung und Befestigung in Gebäuden eine Gefahr für die Lieferanten geworden. Die Schuld daran trägt die schwierige Unterscheidung von Bestandteil und Zugehör, die von keiner Gesetzesbestimmung restlos getroffen werden kann. Eine gewisse Rechtsunsicherheit besteht auf diesem Gebiet immer und führt besonders häufig zu Kollisionen zwischen den Rechten des Verkäufers und der Grundpfandgläubiger. Art. 805 ZGB bestimmt:

„Das Grundpfandrecht belastet das Grundstück mit Einschluss aller Bestandteile und Zugehör.

Werden bei der Verpfändung Sachen als Zugehör ausdrücklich angeführt und im Grundbuch angemerkt, wie Ma-

[20]) JW. 06, 417[2].

[21]) JW. 04. 128.

[1]) Dieser spielt nur bei der Zugehör, nicht beim Bestandteil eine Rolle. Der Veräußerer kann sich auf das Eigentum nicht berufen, wenn von einem gutgläubigen Dritten an der Hauptsache ein dingliches Recht erworben worden ist. Der gute Glaube muß aber auch mit Bezug auf die Zugehör vorhanden gewesen sein.

schinen und Hotelmobiliar, so gelten sie als Zugehör, so lange nicht dargetan ist, dass ihnen diese Eigenschaft nach Vorschrift des Gesetzes nicht zukommen kann.

Vorbehalten bleiben die Rechte Dritter an der Zugehör."

Ob sich deshalb die Pfandhaft auch auf Maschinen erstreckt, die mit einem Grundstück mittelbar oder unmittelbar verbunden und Gegenstand eines EV sind, muss je nachdem ob man sie unter den Begriff Bestandteil oder Zugehör unterordnen kann, nach Art. 642 oder aber 644, 5 ZGB beurteilt werden. Art. 642 II:

„Bestandteil einer Sache ist alles, was nach der am Orte üblichen Auffasung zu ihrem Bestande gehört und ohne ihre Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung nicht abgetrennt werden kann."

Art. 644 II:

„Zugehör sind die beweglichen Sachen, die nach der am Orte üblichen Auffassung, oder nach dem klaren Willen des Eigentümers der Hauptsache dauernd für deren Bewirtschaftung, Benutzung oder Verwahrung bestimmt und durch Verbindung, Anpassung oder auf andere Weise in die Beziehung zur Hauptsache gebracht sind, in der sie ihr zu dienen haben.

Ist eine Sache Zugehör, so vermag eine vorübergehende Trennung von der Hauptsache ihr diese Eigenschaft nicht zu nehmen."

Maschinen können nicht Bestandteile einer Fabrik-Anlage sein, denn diese ist nicht Sache im Sinne des ZGB, d. h. nicht ein einzelner, körperlicher Gegenstand, sondern eine Sachgesamtheit. Sie besteht aus einer Mehrheit selbständiger, zu einem bestimmten Zweck vereinigter Sachen, die nur wirtschaftlich zusammen ein Ganzes bilden. Weil die Bestandteilseigenschaft auch bei Maschinen eine Sacheinheit, nicht eine Sachgesamtheit voraussetzt, kann auch nur die Frage auftauchen, ob Maschinen Bestandteil (partie intégrante) des Fabrik-Gebäudes sein können, d. h. ob letzteres erst mit Einbringung der Maschinen als fertig erscheint. Eine Maschine hat Bestandteilseigenschaft, wenn sie so in das Gebäude eingebaut ist, dass sie nach der am Orte üblichen Auffassung:

1. Zum Bestand des Gebäudes gehört (élement essentiel de la chose).
2. Ohne Zerstörung, wesentliche Veränderung oder ohne Veränderung des Gebäudes[2]) nicht entfernt werden kann.

[2]) Nicht der Maschine selbst. Leemann, Komm., Art. 642, N. 10. Huber, Erl. 2, 62. Dafür auch der klare Wortlaut, besonders des franz. u. ital. Textes (sans la détruire, la détériorer, l'altérer; distruggerla, deteriorla, od alterarla). A. M. Wieland, Komm. Art. 642, 4 g b. Anders BGB., § 93.

Zum Bestand des Gebäudes gehört eine eingebaute Maschine nach allgemeiner Verkehrsauffassung:

a) Wenn sie nicht mehr als selbständiger Einzelkörper, sondern nur noch als Gebäudeteil oder Gebäudestück angesehen wird und unersetzlich oder sehr schwer ersetzlich ist.

b) Wenn sie derartig nach dem Gebäude konstruiert, oder das Gebäude so für die Maschine gebaut ist, dass das Haus durch die Trennung seine bestimmungsgemässe Verwendbarkeit verlieren würde.

Als Kriterium für die Bestandteilseigenschaft ist dauernder körperlicher Zusammenhang unbedingt erforderlich, weil er auch für den damit verbundenen wirtschaftlichen Zusammenhang normalerweise entscheidend ist. Bei Maschinen muss die Verbindung mit dem Gebäude eine besonders feste sein und in Einmauerung, Fundamentierung, und nicht in loser Befestigung durch Schrauben, Riemen und dergl., geschweige denn in blosser Auftstellung bestehen.[3]) Nach Preislisten gehandelte Maschinen fallen in der Regel ausser Betracht. — Eine Verbindung erscheint auch nicht schon deshalb als vorübergehend, weil die verbundene Sache unter EV erworben war, denn hier war auf rechtzeitige Zahlung und dauernde Verbindung gerechnet.[4]) Weil für die Bestandteilseigenschaft das entscheidende Gewicht auf die nach Ort und Zeit wechselnde Verkehrsauffasung gelegt ist, gilt das bisherige kantonale Recht als deren Ausdruck, so lange nicht eine abweichende Uebung nachgewiesen ist. (Art. 5 II ZGB), aber immer unter Vorbehalt der allgemeinen Begriffsmerkmale des Gesetzes. Zudem darf nicht die Meinung der verschiedenen beteiligten Kreise, sondern nur die Anschauung eines verständigen, unbefangenen Beurteilers massgebend sein. Weil auf diesem Gebiet eine übereinstimmende Verkehrsanschauung fehlt, ist jedoch eine allgemeinere Abgrenzung nicht zu vermeiden. Die vermeintliche Sicherung des Maschinenlieferanten durch das pactum reservati dominii kann zusammenfallen wie ein Kartenhaus zum Vorteil der Grundpfandgläubiger. Diese Erweiterung des Kreises ihrer Befriedigungsobjekte bedeutet einen regelrechten Glücksfall und eine unbillige Bereicherung auf Kosten der Maschinenfabrik. Damit kann man nicht argumentieren, dass, wer sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen und daraufhin

[3]) Die landläufige und in früheren kantonalen Rechten noch heimische Bestimmung, Bestandteil sei „alles, was Nut, Nagel und Pflaster hält", ist zu weitgehend und geradezu unbrauchbar. Vgl. zum Text Leemann, Komm., Art. 642, N. 12. Wieland, Art. 642, 4 b.

[4]) Leemann, Komm., Art. 642, N. 15; Rg. 62, 406.

z. B. ein Grundpfandrecht erworben hat, darauf soll zählen dürfen, es seien ihm auch alle mit dem Gebäude verbundenen Maschinen verhaftet. Seit Einführung unseres EV-Registers können sich vorsichtige Gläubiger über den Vermögensstand des Schuldners so leicht orientieren, dass sie allen Anlass haben, den Schein nicht für Wahrheit zu nehmen. Der Interessenschutz unserer blühenden Maschinenindustrie ist vor allem der kantonalen Gerichtspraxis anvertraut. Sie allein kann durch ständige Rechtsprechung den Lieferanten eine Handhabe geben und den volkswirtschaftlich so ungeheuer wichtigen Maschinenkredit fördern. Grundsatz aller Gesetzesauslegung ist deren Orientierung auf den zugrundeliegenden Zweck: Weil dieser die wertzerstörende Trennung der Bestandteile von der Hauptsache verhindern will, hat die Annahme eines Bestandteils nur dort Sinn und überhaupt Berechtigung, wo bei der Trennung unwirtschaftliche Zerstörung der Hauptsache eintreten würde. „Wer die Achtung des Volkes vor dem Eigentum teilt, wird in dieser Frage immer im Zweifel gegen den Hauptsacheneigentümer entscheiden."[5])

Maschinen sind nur dann Zugehör (evtl. verbundene), wenn sie nicht Bestandteile sind und in einem dauernd für den Maschinenbetrieb eingerichteten Gebäude stehen. Auch bei der Zugehör hängt die Entscheidung von der Würdigung tatsächlicher Verhältnisse, in letzter Linie von der Ortsauffassung oder dem klaren Willen des Eigentümers der Hauptsache ab. Viele Maschinen haben weder Bestandteils- noch Zugehöreigenschaft. Was jedoch ausserhalb der Fragen der Bestandteilseigenschaft einer unter EV verkauften Sache liegt, ist für uns, weil die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts nicht berührend, gleichgültig. Auf Grund obiger Ausführungen ist für die Ostschweiz festzustellen, dass Hand-, Schiffli- oder Automatenschifflistickmaschinen, sowie die Motore niemals Bestandteile des Fabrikgebäudes (noch gar bei Einzelstickern eines Wohnhauses) sind. Sie gehören nach ostschweizerischer Verkehrsauffassung und gewiss auch nach der massgebenden Ortsauffassung als selbständige Einzelkörper nicht zum Bestand des Fabrik g e b ä u d e s, das schon vor Einbringung der Maschinen fertig war. Weil nach ihrer Entfernung das Gebäude für den Stickereibetrieb ebenso geeignet bleibt, wie vor der Montierung, so ist schlechterdings nicht abzusehen, wieso die Lostrennung eine Veränderung des Gebäudes herbeiführen und sie deshalb zum Bestand gehören sollten. Die Fabrikgebäude können auch sehr verschiedenen Betrieben dienstbar sein. Bei Automaten ist die Beschädigung bei der Trennung allerdings eine sehr grosse.

[5]) Krückmann: „Wesentlicher Bestandteil und EV.", ein Rechtsgutachten im Zentralbl. f. freiw. Ger.barkeit. 6. Jhg., S. 598.

Das allein genügt aber zur Bestandteilseigenschaft nicht. Stickmaschinen können daher schlechtweg Gegenstände eines EV sein.[6])

Auf die erwähnten, wirtschaftlich bedeutsamsten Rechtsfragen, deren Lösung der Maschinenindustrie geradezu die Lebensader unterbinden kann, musste notwendigerweise eingegangen werden.[7])

Juristische Konstruktion und Wirkungen des EV.

A. Die dingliche Seite.

§ 6.

Die bedingte Uebertragung.

a) Suspensiv- oder Resolutivbedingung?

Im gemeinen Recht machen die Theorien über die rechtliche Natur des pactum reservati dominii den Eindruck einer heillosen Zerfahrenheit und unendlicher Kontroversen. Jede irgendwie mögliche oder unmögliche Konstruktion ist auch versucht worden. Immerhin drehte sich in der jüngeren gemeinrechtlichen Jurisprudenz der Streit fast nur noch um die

[6]) Vgl dazu ein Urteil des RG. in Warneyers Jahrb. der Entsch. Ergänzungsbd. I, N 493.

[7]) Vgl. zu diesen Fragen für die Schweiz: Marty: „EV. an Maschinen" SchJZ, 4. Jhg., S. 33 ff. Leemann, Komm., Art. 642, N. 21; Wieland, Art. 642, 4 g. Sehr große Wellen haben die Fragen in Deutschland geworfen Lassen wir einen deutschen Juristen selbst reden: Oertmann, Komm., zu § 93 BGB. „Das Rg. betrachtet in ständiger Rechtsprechung (vgl. Rg. 50, 241 und zahlreiche andere E.) die in einem Fabrikgrundstück eingebauten oder sonst mit demselben fest verbundenen Maschinen als dessen wesentliche Bestandteile, erklärt folgerecht den EV. des Lieferanten als nach § 93 BGB. unwirksam. Dies sogar in einem Falle, wo die Maschine sich auf einem Nachbargrundstück befand und nur durch Treibriemen mit dem Fabrikgebäude verbunden war (JW 06. 417). Die sonstige Praxis schwankt. Die Literatur hat sich, in der Begründung teilweise von einander abweichend in denkbar größter Entschiedenheit gegen das Rg. erklärt, ohne mit all ihren Argumenten auf dieses auch nur einen Pflichtteil von Eindruck zu machen. In der kaufmännischen Welt hat die reichsgerichtliche Praxis vollends Kopfschütteln und Erregung verursacht, die sich sogar schon zu Petitionen verdichtet hat". Neuerdings hat das Rg. seine der Maschinenindustrie so ungünstige Auffassung etwas geändert, und mißt für die Bestandteilseigenschaft eines Gegenstandes der Verkehrsauffassung entscheidende Bedeutung bei. Rg. 69, 117; 69, 150. Den von ihm erfundenen Begriff der Fabrikanlage (enthaltend Grundstück, Bestandteile und bewegliche Sachen) läßt es langsam verschwinden, vgl. für das BGB. die Kommentare von Oertmann und Staudinger zu § 93 ff Ein Verzeichnis über die gewaltige einschlägige Literatur enthält Staudinger § 93 Anmerkung. Hier seien genannt: Krückmann, Wesentl. Bestandteil und EV. im Zentralbl. freiw. Ger.barkeit, 6. Jhg., S. 585 ff. und 649 ff.; Oertmann, EV. an in Gebäude eingefügten Maschinen, im „Recht" 1906, S. 1114; Lenel, Das Wesen des Wesens und der EV an Maschinen (DJZ 12. Jhg., S. 509). Derselbe, Bestandteil und Zugehör (DJZ 1906, S. 45).

Suspensiv-[1]) oder Resolutivbedingung[2]) der Tradition, wobei erstere auch in der Praxis weit überwog. In § 455 ist das BGB der Ansicht, dass der EV im Zweifel eine aufschiebend bedingte Eigentumsübertragung bedeute, beigetreten. Wie wir wissen, hat das „Zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch" schon 1855 in § 1454 seines OR die gleiche Konstruktion sanktioniert (oben § 3), eine Lösung, die einen ehrenvollen Platz im alten OR wohl verdient hätte. Verkehr, Lehre und Praxis haben den EV stets im Zweifel als aufschiebend bedingte Tradition aufgefasst.[3]) Die Fälle, die dem Bg. zur Entscheidung vorgelegt wurden, gründeten sich ohne Ausnahme auf Verabredungen, die mit grösstmöglicher Klarheit eine Suspensivbedingung enthielten, sodass der Gerichtshof nie in die Lage kam, die rechtliche Natur des pactum reservati dominii für den Zweifelsfall zu praejudizieren. —

In Art. 715 hat das ZGB bloss die Zulässigkeit, nicht aber wie das BGB die juristische Konstruktion geregelt. Nachteile erwachsen daraus jedoch im Hinblick auf die feste Praxis und die überwiegende Meinung, die im EV im Zweifel eine Suspensivbedingung sieht, nicht. Das ZGB enthält in Art. 714 aus Gründen der Publizität, wie das römische Recht (C. 2. 3. 20.) und das BGB (§ 929), aber im Gegensatz zum Code Civil (Art. 1606, 1583 etc.) das Traditionsprinzip: Keine Eigentumsübertragung ohne Besitzübergang. Diese Regel erfährt allerdings in Art. 717 ZGB die Ausnahme des Besitzkonstituts. Andrerseits hat aber im Normalfall auch jede t r a n s l a t i v e Besitzübergabe den sofortigen Eigentumsübergang zur Folge, denn in der Uebergabe zwecks Erfüllung des obligatorischen Veräusserungsvertrags ist die stillschweigende Einigung über den Eigentumsübergang enthalten. Auf Grund dieses dinglichen Uebertragungsvertrags, der als abstrakter, vom Kausalgeschäft unabhängiger Vertrag aufzufassen ist, erfolgt die Uebertragung des Fahrniseigentums. Die Besitzübergabe als solche ist eine blosse Tatsache. Sie wird aber juristisch bedeutsam, sobald Veräusserer und Erwerber den Willen kundgeben, Eigentum zu übertragen und zu empfangen. Dieser „dingliche Vertrag" ist vom Bundesgericht und der herrschenden Lehre längst anerkannt. (Im BGB § 873. 929.) Die allgemeinen Bestimmungen des OR über Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge finden laut Art. 7 ZGB auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse. Der Uebertragungsvertrag kann daher

[1]) Vor allem Dunker, S. 81 und 92; Dernburg Pand. I, § 215, 3 (nur für Fahrnis); Thorsch, S. 31 (condicio iuris); Gensler, S. 293; v. Geyso, S. 170.

[2]) Bes. Müller, S 256; Hofmann, S. 255, 262; Windscheid I, § 172, 7.

[3]) Hafner, Art. 264, Anm. 4; Rossel, S. 339; Pfister, S. 253; Oser, S. 472; Stückelberg, S. 358; Thilo, S. 98.

als Hauptvertrag Nebenbestimmungen aufnehmen, wie jeder andere Vertrag, so Bedingungen[4]) nach Art.151 und 154 OR. Innert den Schranken der Art.715 und 717 ZGB steht es den Parteien frei, Besitz- und Eigentumsübergang auseinanderfallen zu lassen. Bei Veräusserungsgeschäften kann daher besonders die Nebenbestimmung (deshalb „pactum“reservati dominii) getroffen werden, es solle der Besitzübergang sofort, der Eigentumsübergang aber erst mit Eintritt eines bestimmten Ereignisses stattfinden. Dann liegt eine regelrechte aufschiebende Bedingung oder Befristung nach Art. 151 OR vor, denn ein Vertrag, dessen Verbindlichkeit vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird, ist als bedingt anzusehen. Die körperliche Uebergabe als solche dagegen kann natürlich nur unbedingt erfolgen. Durch diese suspensiv bedingte Eigentumsübertragung sichert sich, wie wir wissen, in erster Linie der Verkäufer vor der drohenden Nichterfüllung des Käufers, d. h. bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises. Die Erfüllung andrerseits heilt den Mangel des werdenden, paralysierten Eigentumserwerbs des Käufers und bewirkt ipso iure den Eigentumsübergang. Gerade so gut kann aber der Uebertragungsvertrag auch eine auflösende Bedingung nach Art. 154 OR aufnehmen. Dann geht das Eigentum sofort auf den Erwerber über, fällt jedoch mit dem Zeitpunkt der Nichterfüllung ipso iure wieder an den Veräusserer zurück, unter dem Vorbehalt der Rechte gutgläubiger Dritterwerber.

Zur Zeit der Herrschaft des pactum reservati dominii auf dem Gebiet des Grundeigentums entsprach die Resolutivbedingung dem Parteiwillen im Zweifel, am ehesten. Das Recht des Erwerbers während der Schwebezeit, sollte sich auf die gesamte Sachherrschaft erstrecken, die der Veräusserer aus der Hand geben konnte, ohne seine Sicherheit zu verlieren, insbesondere auch auf die mit dem Grundeigentum verbundenen öffentlichen Rechte. Heute, nach der Mobilisierung des EV, hat der Erwerber mehr als Sachbesitz und Nutzen nicht nötig. Die juristische Verfügungsbefugnis kommt nur ausnahmsweise beim Verkauf von Warenlagern und Handelsgeschäften, die Gegenstand eines EV sind, in Betracht. Eine grössere Unsicherheit für den Veräusserer würde eine Resolutivbedingung nicht bedeuten, denn Art. 152 OR gilt analog auch für den resolutiv bedingt Berechtigten. Dagegen steht dem Veräusserer kein Strafschutz zur Seite und im Konkurs des Käufers versagt die Resolutivbedingung. (§ 13 a. Ende.)

[4]) Auf diese muß Art. 7 ZGB. analog ausgedehnt werden: Reichel, Komm. zur Einleitung ins ZGB., Art. 7, Anm. 2.

Das entscheidende Kriterium, auf das sich die Suspensivbedingung stützen lässt, ist im Verkehrs- und Handelsgebrauch[5]) zu suchen. Sobald die Parteien sich einmal mit einer stereotypen Eigentumsvorbehaltsklausel begnügen, ist anzunehmen, dass sie vom Verkehrsgebrauch nicht abweichen wollten. Dieser kennt das pactum reservati dominii beim Kauf (vor allem beim Abzahlungsgeschäft) fast ausschliesslich als Vereinbarung, die klar und zweifellos eine aufschiebende Bedingung enthält. Dann kann allerdings die Frage der Bedingungsart nicht auftauchen. So z. B. wenn ein Kaufvertrag abgeschlossen wird, mit dem Vorbehalt, dass das Eigentum erst mit der vollständigen Zahlung des Kaufpreises übergehen solle (Bg. 14. 112), oder mit der Bestimmung: „X bleibt Eigentümer der dem Y gelieferten Waren bis zur völligen Kaufpreiszahlung", (Bg. 24.[2] 85) etc. In derartigen Umschreibungen liegt zwar der Form nach keine Suspensivbedingung, wohl aber im Geist derselben. Kürzere Klauseln, wie „unter EV", „sub pacto reservati dominii", „unter Vorbehalt des Eigentums" und dergl. lassen dagegen die Bedingungsart nicht erkennen. Hier hat der Richter deren Tragweite im Zweifel aus obigen Gründen als Suspensivbedingung zu würdigen. Dazu kommt noch das Argument, dass der Wortlaut „unter Vorbehalt des Eigentums" deutlich gegen eine Resolutivbedingung spricht, denn sich das Eigentum vorbehalten heisst doch, es nicht aus der Hand geben.

Wenn Windscheid[6]) im gemeinen Recht behauptete, im EV sei im Zweifel eine auflösende, keine aufschiebende Bedingung zu sehen, weil es dem wahren Willen der Parteien nicht gemäss sei, dass der Käufer bis zur Zahlung des Preises kein Verfügungsrecht über die Sache habe, so ist just das Gegenteil richtig. Bis zur vollen Kaufpreiszahlung soll der Käufer des Verfügungsrechts eben gerade entbehren! Die schweizerische Lehre und Praxis berücksichtigen fast ausschliesslich die aufschiebende Bedingung.[7]) Neuerdings hat die Resolutivbedingung in Eugen Huber einen Verfechter gefunden.[8]) Er geht davon aus, dass die Uebertragung zum Zweck des Eigentumsübergangs erfolgt, damit die Voraussetzung des Art. 714 gegeben, und der Besitzer Eigentümer geworden sei. Dies ist jedoch eine Annahme, für die der Wortlaut des Gesetzes und insbesondere die Wendung „übertragene Sache" in Art. 715/6 keine zwingenden Gründe liefern. Wir

[5]) BGB. Prot. II, S. 80.

[6]) Windscheid-Kipp I, § 172, Anm. 18 a.

[7]) Außer den in Anm. 3 genannten: Leemann, Komm. Art. 715, N. 13; Oser, Komm. S. 397, 4, f; Tuor, S. 400; Curti, Art. 715, Anm. 1; offenbar auch C. Jaeger, Art. 212, N. 5

[8]) Eugen Huber, „Zum schweiz. Sachenrecht". Bern 1914, S. 108.

pflichten ihr nicht bei, weil es uns richtiger scheint, bei der Konstruktion einer Auslegungsregel auf die herrschende Verkehrsauffassung und Praxis abzustellen, als auf ein oder zwei ganz unsichere Worte des Gesetzestextes.

Ausgeschlossen ist die im gemeinen Recht häufige Auslegung des pactum reservati dominii als P f a n d r e c h t s vorbehalt (pactum reservatae hypothecae).[9]) Dem steht das moderne Faustpfandprinzip in Art. 884 ZGB und § 1205 BGB entgegen. Die Sicherung durch den EV ist j u r i s t i s c h mit der Pfandbestellung ohne Besitzübertragung nicht auf gleiche Linie zu stellen, indem der Gläubiger bei der letzteren Rechte an einem Vermögensstück des Schuldners erwerben will, beim EV dagegen sich lediglich durch seine eigene Sache sichert, die der andere erst, wenn er seinerseits geleistet hat, erwerben soll. Wirtschaftlich aber bedeutet das pactum reservati dominii allerdings nichts anderes, als ein Pfandrecht ohne Besitz. Auch erfuhren früher dritte Kreditgeber, die dem Käufer nach der Begründung eines EV, im Hinblick auf die in seinem Besitze befindlichen Waren kreditierten die gleiche Täuschung, wie durch eine Mobiliarhypothek. — Der Sicherungszweck liess sich nach dem alten OR auch durch Sicherungsübereignung mittels Konstituts herbeiführen. Dem stand Art. 202 nur insofern entgegen, als ein Dritter, der dadurch geschädigt war, den praktisch schwierigen Nachweis beabsichtigter Schädigung leisten und damit die Sicherungsübereignung zu Fall bringen konnte. Es bedurfte der Eigentumsübertragung vom Verkäufer auf den Käufer und der fiduziarischen Rückübertragung mit Konstitut. Art. 717 ZGB erklärt eine derartige, mit dem Faustpfandprinzip im Widerspruch stehende Sicherung Dritten gegenüber im Gegensatz zur Praxis der deutschen Gerichte als unwirksam. Ueberträgt der Kreditnehmer Eigentum und Besitz auf den Kreditgeber und erhält er den Besitz unter EV wieder zurück, so liegt darin ebenfalls eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand, die dem Fall des Art. 717 analog zu behandeln ist.[10])

b) D e r EV a l s S u s p e n s i v b e d i n g u n g.[11])

Der EV ist nach seiner dinglichen Seite im Zweifel eine Nebenbestimmung zum Uebertragungsvertrag, laut welcher der Besitzübergang sofort, der Eigentumsübergang aber erst mit Eintritt eines bestimmten Ereignisses stattfinden soll.

[9]) Vertreter bei Dunker, S. 69, und Leonhardt, S. 225.

[10]) Wieland, Art. 884, ZGB. Anm. 11 d.

[11]) In dieser Arbeit soll auf den EV in der Form der Resolutivbedingung nicht eingegangen werden, um eine seiner Seltenheit unangemessene Doppelspurigkeit der Darstellung zu vermeiden.

Diese Nebenbestimmung zum Uebertragungsvertrag gibt den Parteien die Möglichkeit in die Hand, den Eigentumsübergang an ein zukünftiges Ereignis zu knüpfen, ohne dass der Abschluss hinausgeschoben zu werden braucht, bis der Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung feststeht. Weil es sich um eine modifizierende Nebenwillenserklärung zum dinglichen Vertrag handelt, so ist wie zu jedem Vertrag die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 OR). Eine einseitige Willenserklärung des ohnehin schon wirschaftlich stärkeren Veräusserers genügt nicht. Der Antrag bedarf der Annahme. Da der Veräusserer seinen Willen zum Voraus dinglich binden konnte und sich seiner Verbindlichkeit nicht mehr entziehen kann, bewirkt der Eintritt des Ereignisses den Eigentumsübergang, selbst wenn in diesem Zeitpunkte dem Veräusserer der animus transferendi fehlte. Auch die notwendige Handlungsfähigkeit (Art. 12 ff. ZGB) und die Veräusserungsbefugnis des Veräusserers (sei es, dass er selbst Eigentümer ist, oder dessen gesetzlicher oder gewillkürter Stellvertreter, sei es, dass er sonst die Uebertragungsbefugnis hat, z. B. als Verkaufskommissionär), muss nur im Augenblick der Einigung vorhanden sein. Die Nebenbestimmung kann eine Bedingung oder Befristung sein. Im Verkehrsgebrauch ist mit dem EV im Regelfall die Sicherstellung für den dem Käufer gestundeten Kaufpreis bezweckt. Daher muss, wie das BGB richtig bestimmt, im Zweifel angenommen werden, dass die aufschiebende Bedingung der Eigentumsübertragung in der vollständigen Zahlung des Kaufpreises besteht, d. h. in der Erfüllung des obligatorischen Vertrags oder dessen Erfüllungssurrogaten. Das moderne Reckt kennt nur den vertraglichen, nicht aber wie das römische Recht (J. 2. 1. 41) einen gesetzlichen EV bis zur Kaufpreiszahlung, dessen Geltung übrigens im gemeinen Recht bestritten war.[12]) In der Regel liegt demnach eine positive Potestativbedingung vor, denn immer kommt es auf das Belieben des Käufers an, entweder die Bedingung zu erfüllen und den Eigentumsübergang zu erwirken, oder beides gemeinsam fallen zu lassen. Weil der Inhalt des dinglichen Vertrags innert den Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden kann (Art. 19 I OR, Art. 7 ZGB), können die Parteien auch vereinbaren, dass schon ein Teil der Zahlung die Bedingung eintreten lassen soll, oder überhaupt eine irgend andere Tatsache zur Bedingung machen, z. B. die Zahlung anderer inkonnexer Forderungen.[13]) Auch hier handelt es sich nur wirtschaftlich, nicht aber juristisch um eine

[12]) Dernburg, Pand. I, § 215, bes. Anm. 4.
[13]) Staudinger II, § 455, I 3; „Recht" 1909, N. 2376; Rg. 64, 337 oben.

Mobiliarhypothek. Ausserdem spricht schon der Registereintrag einem Verbot den Sinn ab![14]) Die reine Befristung, besonders der dies incertus beim pactum reservati dominii ist selten, während der dies certus gelegentlich anzutreffen ist. Alsdann spielt die Kaufpreiszahlung keine Rolle. Dagegen kommt eine Verbindung von Bedingung und Befristung häufiger, ja fast regelmässig vor: Das Eigentum soll übergehen, wenn innert einer bestimmten Frist die Zahlung des Kaufpreises erfolgt.

Einer besonderen F o r m bedarf die Vereinbarung des EV als solche nicht, weil es sich um einen Nebenvertrag zum formlosen Uebertragungsvertrag handelt. Blosse mündliche Abrede genügt. Von der Form des dinglichen Vertrags ist allerdings sehr wohl zu unterscheiden die Formvorschrift der Eintragung ins EV-Register (unten § 7). Gewöhnlich ist die EV-Klausel in den schriftlichen Kaufverträgen enthalten, weil in den meisten Fällen der Abschluss des unbedingten Kaufvertrags und des bedingten dinglichen Vertrags auch zeitlich zusammenfallen. Ganz falsch wäre es jedoch, daraus eine Bedingtheit des obligatorischen Vertrags ableiten zu wollen, denn auf Grund des Kaufs, der kein Eigentum überträgt, kann man sich dies auch nicht vorbehalten. Die Abzahlungsgeschäfte bedienen sich, wie schon früher betont, für ihre Kaufverträge meist sehr genauer Formulare.

A l s Z e i t d e s A b s c h l u s s e s eines EV kommt ausser derjenigen des obligatorischen Vertrags noch der Zeitraum zwischen diesem und dem Besitzübergang in Frage. Ein nach bedingungslos erfolgter Uebergabe abgeschlossenes pactum reservati dominii ist selbst bei regelrechter Eintragung ins EV-Register wirkungslos, denn das auf den Erwerber bereits übergegangene Eigentum kann niemals im Wege blosser Vereinbarung zurückübertragen werden.[15]) Nachträglich vereinbarten und deshalb ungültigen Eigentumsvorbehalten fehlt meistens das üble Gerüchlein der Gläubigerbenachteiligung nicht, besonders wenn der Registereintrag kurz vor Pfändung oder Konkurseröffnung stattgefunden hat.

§ 7.

Das Eigentumsvorbehalts-Register.

Es hat sich uns bereits Gelegenheit geboten, die Schattenseiten eines EV, der als „dunkle Abmachung"

[14]) Altes OR.: Ungültigkeit nahm an: Bern. App. u. Kass. ger. (Ztschr. des Bern. Jur.-Vereins 08. S. 197) Ebenso früher im gemeinen Recht, Thorsch, S.10.

[15]) Bg. 25[2], 500; 35[2], 46; Leemann, Komm. Art. 715, N. 23; H. E. 5, 142; Rg. 54, 396.

unter den Parteien besteht, zu bezeichnen. Darauf kommen wir nicht mehr zurück. Im Gegensatz zum alten OR und zum BGB hat deshalb das ZGB in Art. 715 die zwingende Bestimmung getroffen, dass der Vorbehalt des Eigentums an einer dem Erwerber übertragenen beweglichen Sache nur dann wirksam sei, wenn er an dessen jeweiligem Wohnort in einem vom Betreibungsbeamten zu führenden öffentlichen Register eingetragen ist. Auf diese Weise erhält das pactum reservati dominii als sachenrechtliches Institut eine der Rechtssicherheit des modernen Verkehrs angemessene, zuverlässige Erkennbarkeit. Dritte, besonders solche, die dem Erwerber einer unter EV verkauften Sache Kredit geben wollen, können das EV-Register zu jederzeit einsehen und sich vom Betreibungsamte beglaubigte Auszüge aus demselben, sowie Bescheinigungen geben lassen, dass ein Eintrag auf einen bestimmten Namen, bezw. für bestimmte Objekte nicht vorhanden sei.[1]) Durch dieses Informationsmittel wird über die Eigentumsverhältnisse des Kreditnehmers das nötige Licht verbreitet.

Das Oeffentlichkeitsprinzip (Vertrauensprinzip), wie es im Grundbuch, Handels-, Güterrechtsregister etc. herrscht, findet auf das EV-Register gerade wie auf das Viehverpfändungsprotokoll des Art. 885 keine Anwendung. Durch den Eintrag wird weder für den Erwerber noch für gutgläubige Dritte eine Vermutung dafür begründet, dass die als Veräusserer bezw. als Berechtigter aus dem Vorbehalt eingetragene Person in Tat und Wahrheit Eigentümer sei. Darauf darf sich niemand verlassen. Es kann vorkommen, dass Einträge, die gross und breit im Register stehen, doch unwirksam sind, sei es, dass ein pactum reservati dominii nie zustande kam, oder aber zwar abgeschlossen, aber aus irgend einem Grunde wieder hinfällig wurde.[2])

Das Register hat aber auch nicht die Wirkung, dass jedermann den Eintrag kennen müsste und demgemäss der gute Glaube Dritter ohne weiteres ausgeschlossen wäre. Die Unkenntnis steht also der Kenntnis nicht gleich. Wer vom Register nicht Einsicht nimmt, der kann im Regelfall doch immer die Einwendung der Unkenntnis des Eintrags erheben. Es ist wohl zu beachten, dass es stets auf den einzelnen Fall ankommt, ob man Dritten (Käufern, Vermietern etc.) zumuten konnte, sich über bestehende Eigentumsvorbehalte zu erkundigen. Bietet mir eine Maschinenfabrik eine Maschine zum Kauf an, so ist es klar, dass ich ein pactum reservati

[1]) VO. Art. 17.
[2]) Bg. 39[1], 143.

dominii Dritter nicht vermuten muss. Will mir aber ein überschuldeter Fabrikant seine Maschinen unter Umständen verkaufen, oder nach Art. 805 ZGB als Zugehör mit dem Grundstück verpfänden, nach denen ich von seiner misslichen Lage Kenntnis erhalte, und bei einiger Aufmerksamkeit einen EV hätte in Betracht ziehen sollen, so fällt mein guter Glaube und die Einwendung der Unkenntnis des Eintrages dahin. Selbst von Dritten, die am Wohnort des Erwerbers wohnen, darf die Kenntnis des Registereintrags nicht ohne weiteres verlangt werden. Das Register berührt die sachenrechtlichen Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten nicht.[3])

Auf dem Grundsatz der negativen Rechtskraft (absolutes Eintragungsprinzip) beruhend, ist die Eintragung ins Register Gültigkeitsvoraussetzung für jede Art des pactum reservati dominii, weil der Gesetzgeber sich genügende Sicherheit dafür verschaffen wollte, dass sie auch wirklich erfolge.[4]) Ohne Eintragung kein Eigentumsvorbehalt! Dieses abstrakte konstitutive Gültigkeitserfordernis besteht nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch für das Verhältnis inter partes. Es herrscht die übereinstimmende Ansicht, dass nur bei dieser Annahme eine klare und einheitliche Rechtslage für das Innen- und Aussenverhältnis geschaffen werden kann.[5])

Wird die Eintragung ins EV-Register unterlassen, so wird der Erwerber trotz des pactum reservati dominii mit der Uebergabe der Sache sofort Eigentümer und kann über sie verfügen, ohne dass er Gefahr läuft, mit dem Strafgesetz in Konflikt zu kommen. Kraft absoluten Rechtssatzes wird die Suspensivbedingung des Uebertragungsvertrags gleichsam gestrichen und die volle translative Wirkung herbeigeführt.

Der Zeitpunkt der Eintragung muss mit demjenigen der Uebergabe nicht zusammenfallen. Der Registereintrag kann also zum Vorteil des Veräusserers schon vor der Besitzübergabe verlangt werden.[6]) Andrerseits steht aber auch einer Eintragung, die erst nach der Uebergabe erfolgt, keine rechtliche Schranke entgegen, während die Vereinbarung des EV der Tradition unter allen Umständen voran-

[3]) A. M. Fick, Vorbem. zu Art. 226, OR. S. 407: „Das eingetragene Eigentum geht dem Recht eines Dritterwerbers oder Pfandgläubigers, der nicht mehr gutgläubig sein kann, weil er den Registereintrag kennen muß, sowieso vor".(?)

[4]) Bg. 39, 143: „Una condizione necessaria per la loro validita senza la quale gli stessi non fossero in ogni caso opponibili a terzi."

[5]) Besonders Leemann, SchJZ, Jhg. 6, S. 282, II 1, und Eugen Huber, S. 108. Das Bg. hat die Frage nicht entschieden: „Quali siano gli effetti fra le parti stesse, non occorre di esaminare." 39[1], 143.

[6]) Ob. aufs.behörde des Kts. Schaffhausen, Entsch. v. 25 I. 12. (SchJZ. 8. Jhg., S. 274, N. 74).

gehen muss. Es ist zuzugeben, dass eine längere Hinausschiebung der Eintragung dem Sinn und Geist des Gesetzes widerspricht und Dritte unter Umständen so schwer getäuscht werden können, wie beim EV ohne Publizität. Das richtige wäre es vielleicht gewesen, für die Eintragungsmöglichkeit eine kürzere peremptorische Frist zu setzen. Das lebhafte Interesse des Veräusserers an der raschen Eintragung, um das Verfügungsrecht des Erwerbers und die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung Dritter gegen diesen auszuschliessen, dürften praktisch die nachträgliche Eintragung fast ganz beseitigen. Gerät trotzdem hie und da selbst der publike EV mit Treu und Glauben im Verkehr in Widerstreit, so handelt es sich um spärliche Ausnahmen, die dem EV-Register doch seine Zuverlässigkeit nicht nehmen können. Eine nachträgliche Eintragung eines EV kann noch erfolgen, selbst wenn über den Erwerber schon der Konkurs eröffnet ist und die betreffenden Gegenstände bereits gepfändet oder mit Arrest belegt sind. Dann ist die Wirkung gehemmt bis zur Aufhebung resp. Widerruf des Konkurses oder bis zum Dahinfallen von Pfändung oder Arrest.[7]) Weil eine nachträgliche Eintragung statthaft ist, muss bis zur Registrierung kraft condicio iuris resolutiv bedingte Eigentumsübertragung angenommen werden. Jede nach der Uebergabe erfolgte Registereintragung hebt jedoch das auf den Erwerber übergegangene Eigentum wieder auf und lässt es ipso iure auf den Erwerber zurückfallen. Die Resolutivbedingung kraft Gesetzes wird zur Suspensivbedingung kraft Vertrags und damit zum wirksamen EV. Diese einleuchtende, von Leemann (Komm. zu Art. 715 N. 14) vertretene Konstruktion ist vorbehaltlos anzunehmen.

Der Vorentwurf zum ZGB hatte für die Fahrnisverschreibung in Art. 888 eine auf die Dauer von zwei Jahren beschränkte Wirkung des Eintrags vorgesehen, die vor Ablauf der Frist für weitere zwei Jahre sollte erneuert werden können. Eine solche zeitliche Schranke der Gültigkeit des EV stellt das ZGB nicht auf.

Die Eintragung beim Betreibungsamt hat am jeweiligen Wohnort des Erwerbers (domicil actuel) zu erfolgen, damit das pactum reservati dominii wirksam ist. Der Begriff des Wohnorts ist im Art. 23 ff. ZGB geregelt. Wohnt der Erwerber im Ausland, hat aber in der Schweiz eine Geschäftsniederlassung, so ist das Betreibungsamt des Ortes der Geschäftsniederlassung zur Entgegennahme der Anmeldung und zur Vornahme der Eintragung kompetent (Vo. Art. 1). Wechselt der Erwerber seinen Wohnort oder seine Geschäftsnieder-

[7]) Leemann, SchJZ, Jhg. 6, S. 283.

lassung, so wird, wenn der neue Wohnort bezw. die neue Geschäftsniederlassung sich in einem anderen Betreibungskreise befindet, der Registereintrag wirkungslos. Die Unwirksamkeit tritt aber nicht sofort mit Aufgabe des Wohnsitzes bezw. Geschäftsdomizils ein, sondern erst einen Monat nach Erwerb des neuen (Vo. Art. 3), während der Zwischenzeit muss der Erwerber als Eigentümer angesehen werden. Veräussert er jetzt die Sache, so kann er nur dann wegen Unterschlagung gefasst werden, wenn der Wegzug lediglich in der Absicht erfolgt ist, den EV unwirksam zu machen.[8]) Sein Eigentum ist aber ein resolutiv bedingtes. Mit der Neueintragung fällt es ohne weiteres auf den Veräusserer zurück und der Erwerber erhält wieder suspensiv bedingtes Eigentum. Im Kaufvertrag wird dem Käufer häufig und zweckmässig die Verpflichtung auferlegt, im Falle der Wohnsitzänderung den EV ohne Verzug beim Betreibungsamte des neuen Wohnortes anzumelden, unter gleichzeitiger Anzeige an den Verkäufer.

Keiner Eintragung des EV bedarf es am Standort der Sache. Allerdings hatte der Vorentwurf von 1900 bei der Fahrnisverschreibung die Eintragung in das öffentliche Pfandprotokoll des Kreises, in dem die Sache ihren „ordentlichen Standort" hat, vorgesehen, von der einfachen Ueberlegung ausgehend, dass der Ortswechsel zum Wesen der Fahrnis gehört. Der Entwurf 2 verlangte zudem die Verschreibung am Wohnort des Pfandbestellers, während der Standort der Sache aus dem heutigen Gesetzestext verschwunden ist. Dessen Bezeichnung im Register ist nur Ordnungsvorschrift (Vo. Art. 7 Lit. f.). Eine konstitutiv wirkende Eintragung auch am Standort der Sache würden einen grossen Nachteil für die ohnehin schon stark geschwächte Stellung des Veräusserers bedeuten und eine Forderung, für die im Gesetz nicht der geringste Anhalt zu finden ist.[9])

Die Eintragung erfolgt entweder auf Grund einer übereinstimmenden mündlichen Erklärung beider Parteien, oder auf Grund einer einseitigen mündlichen oder schriftlichen Anmeldung des Veräusserers oder des Erwerbers unter Vorlage eines beidseitig unterzeichneten schriftlichen Vertrages in Urschrift oder beglaubigter Abschrift. Im Falle des Wohnungswechsels bedarf es der Vorlage eines vom Betreibungsbeamten beglaubigten Auszugs über einen nicht gelöschten Eintrag im Register eines anderen Kreises (Vo. Art. 4). Ueber alle weiteren, die Eintragung betreffenden Grundsätze, verweisen wir auf die im Anhang abgedruckte Verordnung der Schuldbetrei-

[8]) Mit Leemann, SchJZ, Jhg. 6, S. 284, 3 unten.

[9]) Mit Leemann, Komm. Art. 715, N. 15; Curti, Art. 715,7. A. M. Wieland, Art. 715, 2 (irrig).

bungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts betreffend die Eintragung der Eigentumsvorbehalte vom 19. Dezember 1910.

Das EV-Register hat auch Beweisfunktion, denn öffentliche Register und öffentliche Urkunden erbringen für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, so lange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist (Art. 9 ZGB). Allerdings besagt die Eintragung nur, dass ein pactum reservati dominii abgeschlossen wurde. Ob der Inhalt der Vorbehaltsabrede aber eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung war, muss derjenige beweisen, der daraus Rechte ableitet (Art. 8 ZGB).

Die Verordnung über die Eintragung der Eigentumsvorbehalte enthält in überwiegender Zahl Ordnungs-Vorschriften. Diese sind auf keinen Fall konstitutiv und ihre Verletzung daher ohne Einfluss auf die Gültigkeit des EV. Soweit die Verordnung aber die gesetzlichen Erfordernisse betrifft, handelt es sich um die Rechtswirksamkeit des pactum reservati dominii. Alle Fragen, die die Gültigkeit des EV als solche betreffen, müssen vor den ordentlichen Richter gebracht werden, während gegen die Verletzung der Ordnungsvorschriften der Rekursweg an die Aufsichtsbehörden offen steht. — Die Ueberwachung der Betreibungsbeamten hinsichtlich der Führung des Registers über die Eigentumsvorbehalte geschieht durch die Aufsichtsbehörden für Schuldbetreibung und Konkurs, an welche auch die von dem Betreibungsbeamten auf Grund dieser Verordnung erlassenen Verfügungen im Sinne von Art. 17 ff. des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs weitergezogen werden können.[10])

[10]) Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bg. als oberste eidg. Aufsichtsbehörde hat folgende die Vo. betreffenden Entscheide gefällt:

Art. 4: Die Eintragung muß auch erfolgen, wenn der Vertrag über die Begründung des EV bloß die Unterschrift des Erwerbers trägt, sofern die Anmeldung vom Veräußerer oder dessen Rechtsnachfolger ausgeht. — Das Erfordernis der Unterzeichnung des Vertrags durch den Veräußerer ist gegeben, wenn dieser dem Vertrage Abtretungserklärungen über die ihm aus dem Vertrage zukommenden Rechte beigefügt und diese unterschrieben hat (Bg 38[1], 785).

Art. 6 II: Die Eintragung der altrechtlichen EV an Vieh ist als vorsorgliche Maßregel zuzulassen, bis letztinstanzlich durch das zuständige Gericht entschieden ist, ob jene EV unter dem neuen Recht ihre Gültigkeit behalten. Bg. v. 13. IX. 12 (Bg. Praxis, Jhg. 1, N. 247, S. 577). Ueber die Gültigkeitsfrage vgl § 4, Anm, 16.

Art. 7: Auch wenn der Gegenwert der veräußerten Sache nicht in Geld, sondern in anderen Leistungen besteht, hat eine Eintragung zu erfolgen. Im Streitfalle über die Höhe des Gegenwerts entscheidet der Richter (Bg. 39[1], 153).

Art. 7: Die Eintragung kann zurückgewiesen werden, wenn kein Forderungsbetrag genannt oder bestimmbar ist (Bg. 39[1], 156). — Die Vereinbarung über den Verfalltag der garantierten Forderung, sowie die genaue Bezeichnung des Standortes der veräußerten Sache sind keine unentbehrlichen Voraussetzungen des EV (Bg. 38[1], 784).

Ebenso finden die Bestimmungen des Art. 10 dieses Gesetzes über die Ausstandspflicht der Betreibungsbeamten entsprechende Anwendung (Vo. Art. 21). Verursachen die Betreibungsbeamten bei der Führung des EV-Registers durch ihr Verschulden einen Schaden, so sind sie dafür nach Art. 5 ff. Schkg haftbar und nicht auf Grund kantonaler Bestimmungen über die Beamtenverantwortlichkeit. Mit der Erweiterung des Geschäftskreises der durch die Bundesgesetzgebung geschaffenen Betreibungsämter ist auch die Anwendung der eidgenössichen Verantwortlichkeitsregeln notwendigerweise verbunden.

Die Einführung des EV-Registers wird allgemein als glücklicher Griff des Gesetzgebers bezeichnet. Wenn auch eingetragene Eigentumsvorbehalte Dritten, die mit dem Erwerber in Verkehr treten wollen, nicht immer bekannt werden, schon weil keine Veröffentlichung stattfindet, so ist doch diese Möglichkeit für vorsichtige Kreditgeber sehr beschränkt. Nachteiliger ist die Formvorschrift für den Veräusserer, weil sie zumal im Detailverkehr gewisse Umständlichkeiten und Kosten verursacht. Die Eintragung hat namentlich dem Abzahlungsgeschäft das Leben sauer gemacht, so dass dessen Betrieb eine wesentliche Komplizierung erfahren hat. Trotzdem kann man nicht behaupten, dass einem glatten und reibungslosen Verkehr Gewalt angetan wurde. Seine Sicherheit hat vielmehr durch unsere Publizitätsvorschrift nur gewonnen.[11])

§ 8.

Die Schwebezeit.

Bedingte Rechtsgeschäfte haben die Eigentümlichkeit einer Schwebezeit, eines Zeitraumes, während dem es unsicher ist, ob die Bedingung mit ihren Folgen eintritt oder nicht. Diese Schwebezeit beginnt mit dem Abschluss des Rechtsgeschäfts und beim Veräusserungsgeschäft mit EV, sobald die unbedingte Uebergabe und der bedingte dingliche Vertrag zustande ge-

Art. 15: Die dem Betreibungsamt vorgelegten Verträge sind auf Verlangen sofort nach der Eintragung der Partei, die sie vorgelegt hat, zurückzugeben. Ein nach Art. 7, Lit. f, eingereichtes Inventar jedoch, erst nach Löschung der Eintragung (Bg. 38[1], 661).

[11]) Auf das intertemporale Recht bezieht sich der Bundesratsbeschluß vom 19. I. 12: „Die vor dem 1. Januar 12 begründeten EV behalten auch ohne Eintragung in das Register über die EV ihre Wirkung. Sie sind jedoch vor dem 1. VII. 1912 in das Register über die EV einzutragen. Auf diese Eintragungen finden die Vorschriften der am 19. XII. 1910 erlassenen Vo. der Sch-K-Kammer des schweiz Bg. betr. die Eintragung der EV entsprechende Anwendung" —

Ein Verbot, die Eintragung noch nach dem 1. VII. 12 vorzunehmen, wurde hierdurch nicht aufgestellt: Bg. 39[1], 154. In diesem Falle wird der wirkungslos gewordene EV mit der Eintragung wieder wirksam.

kommen sind, d. h. im Zeitpunkt der Uebergabe unter EV. Die Besitzübergabe erfolgt an den Erwerber oder dessen gesetzlichen oder gewillkürten Stellvertreter und zwar auf Grund des obligatorischen Vertrags, also in der Regel auf Grund des Kaufs. Der Erwerber erhält alsdann während der Schwebezeit ein

Besitzrecht, denn er soll ja notwendigerweise bereits Nutzen und Gebrauch der Sache haben, während dem Veräusserer die dingliche Sicherung durch sein Eigentum genügt. Ein dingliches Recht, auf dem das Besitzrecht ruhen könnte, hat der Erwerber noch nicht erlangt, sondern nur eine mit gewissen Rechtswirkungen ausgestattete Anwartschaft auf künftigen Eigentumserwerb. (Siehe unten.) Das aus dem obligatorischen Vertrag hervorgehende Recht auf den Besitz, muss dem Erwerber gegenüber einem etwaigen Herausgabeanspruch des Veräusserers festen Rückhalt bieten, sonst wäre ja eine Uebergabe unter EV völlig wertlos, weil der Veräusserer die übergebene Sache jeden Augenblick zurückfordern könnte. Deshalb muss im Zweifel stets angenommen werden, dass in der aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung die stillschweigende Einräumung des Rechts zum Behalten des Besitzes und damit zugleich der Verzicht des Veräusserers auf die Rückforderung während der Schwebezeit liegt. Der Erwerber, der alsdann ein durch Eintritt oder Ausfall der Uebertragungsbedingung auflösend bedingtes Besitzrecht hat, kann die Eigentumsklage des Veräusserers durch seine Besitzeinrede entkräften, ohne dass ihm dieser die Replik des nichterfüllten Vertrags entgegen halten könnte. Insbesondere darf er sich auf Art. 152 I OR berufen.[1])

Durch die Uebergabe wird der Veräusserer mittelbarer und der Erwerber unmittelbarer Besitzer. Ersterer, der die Sache als Eigentümer besitzt, hat selbständigen, letzterer unselbständigen Besitz (Art. 920 ZGB).[2]) Weil beide Vertragsparteien Besitzer sind, muss ihnen folgerichtig auch derselbe Besitzesschutz zustehen. Sie dürfen sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren (Art. 926 ZGB), haben ferner die Klage aus Besitzesentziehung (Art. 927 ZGB), aus Besitzesstörung (Art. 928 ZGB) und den Wegschaffungsanspruch nach Art. 700 ZGB. Veräusserer und Erwerber können ihre Ansprüche jeder selbständig gerichtlich geltend machen, im Prozess als Streitgenossen auftreten, oder aber der eine sich der Klage des anderen als Nebenintervenient an-

[1]) Für das BGB., Staub, § 382, Anm. 64: „Solange der Käufer den Kaufpreis noch nicht zu zahlen braucht, kann er der Eigentumsklage unter Hinweis auf das Vertragsverhältnis nach § 161 BGB. begegnen."

[2]) BGB. § 868, 872.

schliessen. Läuft zu Gunsten des Veräusserers eine Ersitzung, so hat die Uebergabe unter EV auf diese keine unterbrechende Wirkung, weil auch bei mittelbarem Besitz die gesetzlichen Erfordernisse des Art. 728 ZGB anwendbar sind. — Veräusserer und Erwerber, denen die Sache gestohlen wird, oder verloren geht, oder sonst wider ihren Willen abhanden kommt, können sie jeder als Besitzer nach Art. 934 ZGB während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern.

Der Veräusserer, der auf Grund unserer Konstruktion des EV zunächst Eigentümer, — ähnlich dem dominus ex iure quiritium — bleibt, hat grundsätzlich noch alle aus dem Eigentum hervorgehenden Rechte, insbesondere die Eigentumsklage gegen bösgläubige Dritte und nach aussen hin das volle Verfügungsrecht. Er darf die mit EV belastete Sache veräussern durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (Art. 924 ZGB; 931 BGB). Dann kann der Erwerber dem (neuen) Dritterwerber die Herausgabe aus den gleichen Gründen verweigern, aus denen er sie dem Veräusserer hätte verweigern können. Diese Abtretung des Herausgabeanspruchs ist jedoch nur wirksam, wenn der Auftrag an den Erwerber, für den neuen Eigentümer den Besitz auszuüben, vom Veräusserer ausgegangen ist.[3]) Dem Erwerber gegenüber ist das Verfügungsrecht des Veräusserers stark eingeschränkt. Letzterer darf, so lange die Bedingung schwebt, nichts vornehmen, was die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit, d. h. die vollständige Eigentumsverschaffung hindern könnte. Verfügungen während der Schwebezeit sind, wenn die Bedingung eintritt, insoweit hinfällig, als sie deren Wirkung beeinträchtigen (Art. 152 III OR), und ein dadurch entstandener Schaden ist vom Veräusserer nach Art. 97 ff. OR zu ersetzen. Der Veräusserer seinerseits hat wegen schuldhafter Verletzung seines Eigentums einen Schadenersatzanspruch nach Art. 41 OR sowohl gegen den Erwerber, wie gegen Dritte, muss jedoch mit Eintritt der Bedingung (bezw. Eigentumsübergang auf den Erwerber), diesem den Schadenersatz nach Art. 62 OR herausgeben. Nach dem Eigentumswechsel ist nämlich nicht mehr der Veräusserer geschädigt, der bei Ausfall der Bedingung und Rücknahme der Sache den Schaden zu tragen hätte, sondern der Erwerber, der nun trotz vollständiger Kaufpreiszahlung statt der unbeschädigten eine beschädigte Sache erhält, während der Veräusserer aus dem Vermögen seines Gegenkontrahenten ungerechtfertigt bereichert ist. —

[3]) Bl. Zü. R. 1, N. 85 — Die Abtretung und die Verpfändung der Rechte aus einem eingetragenen EV sind nicht im EV-Register anzumerken. (Bg. Praxis, Jhg. 1915, S. 375.)

Eine Pflicht des Veräusserers, Dritten vom Bestehen eines EV Kenntnis zu geben, besteht nicht. Er kann daher im Unterlassungsfall nicht aus Art. 41 ff. OR haftbar gemacht werden.

Der Veräusserer und Eigentümer einer mit EV belasteten Sache erwirbt unter Vorbehalt der Bestimmung über Gegenstände von wissenschaftlichem Wert einen in der Sache aufgefundenen Schatz (Art. 723 II ZGB).

Der Erwerber ist noch nicht Eigentümer, hat vielmehr bloss ein eigentumsähnliches Nutzungs- und Gebrauchsrecht. Es fehlt ihm jedoch das Verfügungsrecht, wenn ihm dieses nicht durch besondere Erlaubnis des Veräusserers zugestanden ist (oben § 4, S. 16, verbrauchbare Sachen). Abgesehen von der Sicherung des Veräusserers aber, wollen die Parteien dasselbe wie beim Veräusserungsgeschäft ohne EV. Es handelt sich hier nur um eine bedingte Eigentumserwerbsberechtigung,[4]) um einen embryonalen dinglichen Rechtskeim. Dieser darf, wie bereits erwähnt, durch Verfügungen des Veräusserers nicht mehr zerstört werden und ist (unter Vorbehalt des Schutzes gutgläubiger Erwerber) sowohl dinglich als auch obligatorisch geschützt. — Das vorliegende „Recht durch Bezahlung des Kaufpreises Eigentümer zu werden", bildet bereits einen Vermögenswert des Erwerbers und ist veräusserlich und vererblich.[5]) —

Der Erwerber ist zu sorgfältigem Unterhalt der Sache verpflichtet und darf sich keine Wertminderung derselben erlauben, welche nicht eine natürliche Folge sachgemässen Gebrauchs ist. Bei Reparaturen und Verbesserungen tritt neu angeschafftes Material an Stelle des alten. — Zur Prozessführung, die keine Verfügung über die Sache bedeutet, ist der Erwerber berechtigt und kann zu jederzeit durch Nebenintervention des Veräusserers unterstützt sein. Ein Weiterverkauf des unter EV erworbenen Gegenstandes ist möglich, weil es sich dabei bloss um das Verpflichtungsgeschäft handelt, während das dingliche Veräusserungsgeschäft niemals in den Kreis der Befugnisse des Erwerbers fällt und aufgeschoben werden muss, bis er seinerseits Eigentümer geworden ist. Die Vermietung ist dem Erwerber ebenfalls gestattet und es steht einer analogen Anwendung der Vorschrift über die Untermiete (Art. 264 OR) nichts entgegen: Die Vermietung darf keine für den Veräusserer und Eigentümer nachteilige Veränderung bewirken. Der Erwerber haftet dem Veräusserer dafür, dass der Mieter die Sache nicht anders gebrauche, als es ihm gestattet ist. Der Veräusserer ist berechtigt, den Mieter unmittelbar hierzu anzuhalten. Auch zur Verleihung ist der Erwerber befugt, weil

[4]) E. Jaeger, § 1, Anm. 57.
[5]) Ueber die Pfändbarkeit vgl. § 12 unten.

diese das Eigentum des Veräusserers gleichfalls unberührt lässt. Dagegen ist die Verpfändung der Sache ausgeschlossen, denn hier erwirbt der Pfandgläubiger ein dingliches Recht und hat im Falle der Nichtbefriedigung ein Recht, sich aus dem Erlös des Pfandes bezahlt zu machen. Die eben genannten Befugnisse stehen jedoch alle dem Erwerber nur im Zweifel zu und können vertraglich ausgeschaltet sein.[6]) Obschon der Erwerber in der Zwischenzeit an wirksamen Verfügungen rechtlich behindert ist, so ist doch immerhin trotz Registereintrag ein Rechtserwerb durch Dritte nach den Grundsätzen vom gutgläubigen Erwerb möglich (Art. 714 II, 933 ZGB). Ebenso die Heilung unwirksamer Verfügungen eines Nichtberechtigten, sobald der Erwerber infolge des Eintritts der Bedingung das Eigentum erwirbt.[7])

Für den Fall, dass der Erwerber die Sache unberechtigterweise veräussert oder verpfändet, steht dem Veräusserer-Eigentümer ein wirksamer

Strafschutz zur Seite: „Wer sich eine ihm anvertraute fremde, bewegliche Sache aneignet, um sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern", begeht eine Unterschlagung nach Art. 126 des Vorentwurfs zum schweiz. Strafgesetzbuch vom August 1915.[8]) Die Möglichkeit der strafrechtlichen Verfolgung des Ersterwerbers ist nicht ohne bedauerliche Nachteile für letzteren. Es liegt nun einmal im Wesen der Fahrnis, dass dauernde Nutzung allzu leicht fremdes Recht abschwächt, den eigenen Besitz infolge das nahen Verhältnisses zur Sache festigt und bei Unbedachten geradezu der Gedanke aufkommen kann, es handle sich beim Eigentumsrecht des Veräusserers nur noch um eine blosse Formalität. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn fast keine Schulden mehr auf dem Kaufgegenstande lasten und das dingliche Recht des Veräusserers nur noch an einem Faden hängt. Durch das ausdrückliche Verbot der Veräusserung und Verpfändung, sowie die Hervorhebung der Strafbarkeit in den Kaufverträgen könnte die grosse Zahl der Unterschlagungsfälle an mit EV übertragenen Sachen bedeutend gemindert werden. —

[6]) Häufig findet man beim Kaufvertrag mit EV folgende Klausel: „Die Gegenstände dürfen vom Erwerber weder verkauft noch verpfändet, vermietet oder verliehen werden". Das „Verkaufen" bedeutet hier das dingliche Veräußerungsgeschäft, nicht den obligatorischen Vertrag.

Durchaus unrichtig wäre es, mit Fick Komm., Vorbem. 25 zu Art. 226 OR. zu folgern, daß das vertragliche Verbot der Veräußerung und Verpfändung durch das Vorbehaltsregister überflüssig geworden sei, da das eingetragene Eigentum dem Rechte eines dritten Erwerbers oder Pfandgläubigers, der nicht mehr gutgläubig sein könne, weil er den Registereintrag kennen müsse, sowieso vorgehe. — Vgl. dazu oben § 7, S. 31 unten, bes. auch Anm. 3.

[7]) BGB. § 185 II.

[8]) Deutsches Reichs-Strafgesetzbuch § 246; Rg. in Strs. 3, 114.

Kommt der Veräusserer mit Willen des Erwerbers wieder in den Besitz des Gegenstandes, so kann dieser bis zur Befriedigung für seine Forderung ein Retentionsrecht nach Art. 895 ZGB geltend machen, wenn die Forderung fällig ist. Ebenso bis zur Befriedigung anderer mit dem Gegenstand der Retention im Zusammenhang stehender Guthaben, z. B. aus Reparaturen.[9])

Häufig ist in der Praxis die Kollision zwischen dem EV und dem Retentionsrecht des Vermieters (Art. 272 OR). Letzterer hat für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung und Benutzung gehören. Die Rechte Dritter jedoch, namentlich das Eigentum an Sachen, von denen der Vermieter schon bei der Einbringung wusste oder wissen musste, dass sie nicht dem Mieter gehören, bleiben auch dem Retentionsrecht des Vermieters gegenüber vorbehalten (Art. 273 I OR). Daher pflegen die meisten Abzahlungsgeschäfte zur Sicherung ihres Retentionsrechts vor oder bei der Einbringung[10]) von Sachen, die sie dem Mieter unter EV verkauft haben, dem Vermieter diesen Umstand schriftlich mitzuteilen. Ganz unrichtig und höchst unbillig wäre es, dem Vermieter allein schon deswegen das Retentionsrecht zu versagen, weil eine Eintragung im EV-Register stattgefunden hat und ihm deren Kenntnis in jedem Falle zuzumuten.[11]) Wenn der EV nicht ins öffentliche Register eingetragen und das Eigentum daher auf den Erwerber übergegangen ist, so erwirbt der Vermieter das Retentionsrecht an den eingebrachten Sachen auch dann, wenn er von der Vereinbarung des EV von Anfang an Kenntnis hat. Es findet in diesem Fall auch keine Rückdatierung der Wirksamkeit des EV auf den Zeitpunkt der Besitzübertragung statt, wenn der Vorbehalt nachträglich eingetragen wird.[12]) Erfährt der Vermieter erst während der Dauer der Miete, dass vom Mieter eingebrachte Sachen diesem nicht gehören, so erlischt sein Retentionsrecht an diesen Sachen, sofern er nicht den Mietvertrag auf das nächste offene Ziel kündigt (Art. 273 II OR). Das Retentionsrecht geht ihm jedoch

[9]) Vgl. die häufige Klausel in Kaufverträgen über Maschinen: „Bei allfälligen Reparaturen haben die Verkäufer an der Maschine sowohl für den Betrag der Reparaturen, als auch für die im Moment der Reparatur verfallenen Ratenzahlungen ein Retentionsrecht."

[10]) Gleichgültig, ob diese vor, bei, oder nach Beginn der Miete erfolgt. Oser, Komm. Art. 273, Anm. 2, und dort zit. Entscheide und Literatur.

[11]) So in der Tat: Urt. der Cour de just. civ. Genf vom 3. X. 1914 (SchJZ, Jhg. 11, S. 172, N. 127). — Dagegen sticht wohltuend ab Urt. der Zürch. Rek.-Kammer vom 5. IX 1914, bes Erw. 5 (SchJZ, Jhg. 11, S. 175). — Vgl. auch § 7, S, 31 unten.

nicht im ganzen Umfang verloren, sondern erst von diesem Termin an.[13]) Diese Sätze über das Retentionsrecht des Vermieters gelten im Sinne von Art. 286 III auch für den Verpächter.

Die Gefahrtragung beim Kauf unter EV betrifft die Verteilung der Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung der Sache auf die eine oder andere Partei des Vertragsverhältnisses, d. h. das periculum obligationis. Es handelt sich dabei nicht um das periculum rei, den Eigentumsverlust als solchen, der sowieso den Veräusserer trifft. Diese Frage der Gefahrtragung während der Schwebezeit ist in der deutschen Lehre und Praxis höchst bestritten, weil das BGB nach § 446 bei Fahrnis die Gefahr mit der Uebergabe der Sache auf den Käufer übergehen lässt, und man über diesen Begriff der „Uebergabe" durchaus uneinig ist. Einerseits identifiziert man ihn mit Besitzübergabe, andrerseits wird zu dieser hinzu noch Eigentumsverschaffung verlangt. — Die herrschende Meinung lässt den Verkäufer trotz erfolgter Besitzübergabe noch die Gefahr des Untergangs tragen.[14])

Nach Art. 185 I des schweiz. OR geht die Gefahr der Sache wie im römischen und gemeinen Recht, sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen mit dem Abschluss des Veräusserungsvertrages auf den Erwerber über. Die Ausnahmebestimmung des Absatz III kommt nicht in Frage, weil das obligatorische Rechtsgeschäft selbst unbedingt und nur der Eigentumsübergang bedingt ist.[15]) Der Käufer schuldet den Kaufpreis genau so, wie wenn die Sache nicht untergegangen oder beschädigt wäre. Er hat in der Schwebezeit auch bereits ein Eigentumsinteresse an der Versicherung gegen Feuersgefahr. Geht der Gegenstand durch Feuersbrunst unter, so fallen Eigentum und EV des Verkäufers dahin und an deren Stelle tritt der Anspruch auf die Versicherungssumme. Deren Auszahlung hat dann für den Käufer schuldbefreiende Wirkung.[16])

Nach Art. 185 I OR gebührt dem Erwerber mit Abschluss des Vertrags auch der Nutzen der Sache. Beim Kreditkauf mit EV ist das selbstverständlich, weil ja der wirtschaftliche Beweggrund gerade das sofortige Nutzungsrecht ist. Früchte spielen hier keine Rolle, weil es sich um Fahrnis handelt und

[12]) Urt. der zürch. Rek.-Kammer vom V. IX. 1914, a. a. O.

[13]) Urt. der zürch. Rek.-Kammer vom V. IX. 1914, a. a O.

[14]) So Dernburg, BGB II, 2, § 171, III, Anm. 13; Oertmann, § 455, Anm. 5; Planck II, § 455, Anm. 2; Endemann, § 160 a, Anm. 22; Rg. 66,347. A. M. Staub, § 282, Anm. 67; Staudinger, § 455, II, 8.

[15]) Hierüber herrscht Einstimmigkeit. Vgl. Bg. 29², 713.

[16]) Urt des Bern. Kass.-Hofes (SchJZ, Jhg. 11, S. 249 ff.). — Derselbe Urt. vom 3. XII. 1914 (SchJZ, Jhg. 12, S. 150, N. 110).

nach Art. 715 II ZGB das Vieh zudem noch ausser Betracht fällt. Wohl aber kommt dem Erwerber ein etwaiger Wertzuwachs zu. Dass ihn andrerseits die Lastentragungspflicht trifft, wurde bereits erwähnt.

Die Schwebezeit endet mit Eintritt oder Ausfall der Bedingung und mit ihr auch das oben erwähnte Besitzrecht.

§ 9.

Der Eintritt der Bedingung.

Der Eintritt der Bedingung macht aus der bedingten Uebertragung ipso iure, d. h. ohne dass es einer neuen Willenserklärung bedürfte, eine unbedingte und bewirkt damit den Uebergang des Eigentums an der Sache auf den Erwerber. Ein sukzessiver Eigentumsübergang ist ausgeschlossen. Der Käufer erwirbt daher nicht etwa ein den geleisteten Teilzahlungen entsprechendes Miteigentum am Kaufobjekt. Ist das Eigentum an einer grösseren Anzahl von Gegenständen, an einem Warenlager, oder an einem Handelsgeschäft bis zur Kaufpreiszahlung vorbehalten worden, so werden durch Abzahlung nicht etwa einzelne Sachen vom EV frei und fallen ins Eigentum des Käufers, sondern der Kaufpreis wird an alle Sachen verhältnismässig gezahlt. Der Eigentumswechsel tritt erst mit Tilgung der ganzen Schuld ein. Wir treffen hier also eine dem Grundsatz der ungeteilten Pfandhaft analoge Erscheinung. — Da die Uebertragungsbedingung im Regelfalle in der Erfüllung oder den Erfüllungssurrogaten des obligatorischen Vertrags besteht, kommt für deren Eintritt ausser der vollständigen Zahlung des Kaufpreises auch die Hinterlegung nach Art. 92, 96 u. 108 OR in Betracht. Ebenso lassen die Aufhebung der Forderung durch Uebereinkunft (Art. 115 OR) und die Verrechnung (Art. 120 OR) die Bedingung eintreten. So muss z. B. die Kompensation einer käuferischen Schadenersatzforderung mit der Kaufpreisrestanz stets zulässig sein. Ist der Verkäufer wider Treu und Glauben vom Verkäufer an der Zahlung verhindert worden (was wohl selten vorkommen dürfte), so gilt die Bedingung nach Art. 156 OR als erfüllt. Häufiger wird der Fall eintreten, dass die Vertragschliessenden durch einträchtiges Zusammenwirken den Eigentumsübergang zum Nachteil dritter Gläubiger des Erwerbers verhindern wollen. Aber auch hier wird sich gegen die analoge Anwendung von Art. 156 OR in Verbindung mit Art. 2 ZGB nichts einwenden lassen: Die Bedingung gilt als erfüllt.

Der Verzicht des Verkäufers auf die Bedingung hat in dinglicher Hinsicht den sofortigen Eigentumsübergang zur

Folge. Erforderlich ist zu seiner Wirksamkeit bloss die Kundgabe an den Käufer, nicht aber die Annahme durch letzteren.[1]) Der Erwerber kann vom Veräusserer ein Festhalten am EV deshalb nicht verlangen, weil ein solcher Vorbehalt lediglich zugunsten des Veräusserers vereinbart ist. Das Schuldverhältnis wird durch den Verzicht nicht berührt.

Da die Bedingung auf eine Handlung des Käufers gestellt ist, bei der es auf dessen Persönlichkeit nicht ankommt, so kann sie auch von seinen Erben erfüllt werden (Art. 155 OR). Mit Eintritt der Bedingung werden die in der Zwischenzeit vom Verkäufer begründeten Drittrechte beendet, so weit sie die Wirkung der Bedingung beeinträchtigen, während die Verfügungen des Käufers wirksam werden. An Stelle des Besitzrechts auf Grund des Kaufs tritt nach erfüllter Bedingung ein solches auf Grund des Eigentums. Die bisherige dingliche Stellung wird dem Käufer für eine Ersitzung nicht angerechnet, weil er die Sache nicht in gutem Glauben als Eigentümer besitzen konnte (Art. 728 ZGB).

Der Eintritt der Bedingung bezw. der Verzicht auf dieselbe gibt Anlass zur Löschung des Registereintrags (Vo. Art. 12). Der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs ist jedoch von dieser nicht abhängig.

§ 10.

Der Ausfall der Bedingung.

Die Bedingung fällt aus, wenn das zur Bedingung gesetzte Ereignis nicht eintritt und nicht mehr eintreten kann. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Käufer bis zum Ablauf des für die Erfüllung verabredeten Verfalltermins den vollständigen Kaufpreis nebst Zinsen nicht bezahlt hat, d. h. wenn er nach Art. 102 II OR in Verzug gerät. Bei Abzahlungsgeschäften genügt zum Ausfall schon der Verzug mit einer Teilzahlung (Art. 226 OR). Schwieriger ist die Bestimmung des Zeitpunktes desAusfalls, wenn für die Zahlung keine Frist gesetzt wurde. Früher ist vereinzelt geradezu die extreme Ansicht vertreten worden, die Bedingung falle dann überhaupt nie aus, weil eine Zahlung seitens des Käufers nie unmöglich werde. Die herrschende Meinung liess die Bedingung wenigstens bei Zahlungsunfähigkeit und Konkurs des Käufers ausfallen. In der neueren Rechtswissenschaft geht die Tendenz dahin, im Zweifel den Ausfall der Bedingung zum Schutz des Veräusserers auf einen früheren Zeitpunkt zu verlegen. Die Uebertragungs-

[1]) So im Anschluß an Rg. 66, 349, einstimmig die deutsche Komm.-Lit, z B. Staudinger, § 455. II, 4; Oertmann, § 455, Anm. 5; Dernburg, II, 2, § 171, III, Anm. 11, — Vgl. auch Vo., Art. 12, lit. b.

bedingung ist allerdings eine potestative. Die Parteien verstehen darunter aber nicht „Zahlung" schlechtweg, sondern „rechtzeitige Zahlung". Nur insoweit fällt daher der Entscheid über Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung in das Belieben des Käufers.

Die Bedingung fällt dann aus, wenn nach Umständen und Verkehrssitte nicht rechtzeitige, vollständige Zahlung des Kaufpreises erfolgt. Die Frage hat heute weniger Bedeutung, weil der Registereintrag die Verfallzeit des garantierten Forderungsbetrages enthalten muss.[1])

Im Regelfalle sollen nach Parteiwillen allerdings Zahlungsunfähigkeit und Konkurs die Bedingung ausfallen lassen. Der Konkurs jedoch nur, wenn die Konkursverwaltung die Nichterfüllung des Vertrags wählt (Art. 211 II Schkg.).[2]) Andernfalls dauert die Schwebezeit und damit auch die Eigentumsanwartschaft des Erwerbers fort. Die Möglichkeit, eine wesentliche Verschlechterung der Sache während der Schwebezeit dem Ausfall der Bedingung gleichzustellen, würde für den Verkäufer einen vorteilhaften Schutz bedeuten. Sie besteht aber nur, wenn die Parteien hierüber etwas besonderes vereinbart haben.

Mit dem Zeitpunkt des Ausfalls der Uebertragungsbedingung kann der Veräusserer den EV auf dem Wege der Rückforderung geltend machen. Dazu dient ihm die Eigentumsklage, die jetzt durch das (nunmehr erloschene) Besitzrecht des Erwerbers nicht mehr gehemmt ist. Gegenüber einer etwaigen Besitzeinrede kann der Veräusserer und Vindikant wegen nichterfüllten Vertrages replizieren und damit kommt sein Herausgabeanspruch zur Geltung. Mit dem Besitz- und Gebrauchsrecht des Erwerbers erlischt auch der mittelbare Besitz des Veräusserers.

Die Vindikation, sowie deren Einfluss auf den Kaufvertrag, sind im gemeinen Recht und unter der Herrschaft des früheren OR sehr verschieden beurteilt worden. So hat man einerseits die Wirksamkeit der Eigentumsklage aus dem Grunde bestritten, weil der Verkäufer auf Grund des Kaufvertrages dem Käufer zur Ueberlassung von Besitz und Gebrauch verpflichtet sei (ut habere rem ei liceat). Der Herausgabe stehe schlechthin eine Einrede aus dem Kaufvertrag entgegen und damit sei der EV, wenn nicht für den Verzugsfall zugleich der Rücktritt vom Kauf vorbehalten worden sei, selbst bei Ausfall der Be-

[1]) Vo. Art. 7, lit. i. Unentbehrliche Voraussetzung des EV ist dies aber nicht (siehe oben § 7, Anm. 10). — Für das BGB., vgl. Jaffé, S. 27, und die dort mitgeteilte Literatur.

[2]) E. Jaeger, § 26, Anm. 15.

dingung wirkungslos.[3]) Demgegenüber hatte schon Dunker S. 162 mit Recht darauf aufmerksam gemacht, (und ihm folgte die herrschende Meinung), dass es gegen Treu und Glauben und jede Billigkeit verstossen würde, wenn der Käufer trotz Nichterfüllung die Sache weiter behalten dürfe. Er gab dem Käufer gegenüber der exceptio des Käufers die replicatio doli bezw. non adimpleti contractus des Inhalts: Berufst du dich auf einen Kauf, so erfülle auch deine Verbindlichkeiten als Käufer! Heute wird die Wirksamkeit der Eigentumsklage im Hinblick auf Art. 716 ZGB und Art. 226 OR nicht mehr in Zweifel gezogen.[4])

Die Prüfung des Einflusses der Rückforderung auf den Kaufvertrag führt uns zu folgenden Ergebnissen: Sicher ist, dass der Eintritt der Rückforderungsmöglichkeit den Vertrag unberührt lässt, denn der Kauf ist ja nicht durch das Ausbleiben der fälligen Zahlung auflösend bedingt. Die Vindikation selbst aber berührt den Bestand des Kaufvertrags. Im gemeinen Recht vertrat schon Dunker S. 162 die Ansicht, dass stets dann, wenn der Verkäufer nicht die actio venditi auf Erfüllung, sondern die rei vindicatio auf Herausgabe anstelle, er dadurch zu erkennen gebe, dass er vom Vertrag abtreten wolle. Dunker ging nur insoweit fehl, als er in der Herausgabe der Sache seitens des Käufers (zu der dieser ja verpflichtet war und sogar gezwungen werden konnte), dessen Zustimmung sah und daher eine vertragsmässige Auflösung des Schuldverhältnisses annahm. Wie wir sehen werden, ist der Veräusserer auf Grund des EV beim Zahlungsverzug des Erwerbers (der in der Regel mit dem Ausfall der Bedingung zusammenfällt), im Zweifel auch zum Rücktritt vom obligatorischen Vertrag berechtigt (§ 11, S. 52). Zur Ausübung dieses Rücktrittsrechts gehört heute eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die in den Fällen des Art. 716 ZGB notwendigerweise in der Rückforderung der Sache mitenthalten ist.[5])

> Art. 716: „Gegenstände, die mit Eigentumsvorbehalt übertragen worden sind, kann der Eigentümer nur unter der Bedingung zurückverlangen, dass er die vom Erwerber geleisteten Abzahlungen unter Abzug eines angemessenen Mietzinses und einer Entschädigung für Abnützung zurückerstattet."

[3]) v. Geyso, S. 174; Stückelberg, S 359; Oser, S. 477, besonders Anm. 39.

[4]) Das Bg. ließ die rei vindicatio stets zu: Vgl. Bg. 29^2, 714. Die Beweislast für die Identität der vindizierten Gegenstände mit denjenigen, auf welchen der EV ruht, trifft nach Art. 8 ZGB. den Vindikanten.

[5]) Vgl. Curti, Art. 716, Anm. 4; Oser. Komm., Art. 226, 4 b. — Der Satz gilt nicht nur für Abzahlungsgeschäfte (s. unten im Text). Wohl aber im Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, § 5.

Es zeigt sich hier die seltsame Erscheinung, dass in der Geltendmachung eines dinglichen, zugleich diejenige eines obligatorischen Rechts liegt. Weil eine Auseinandersetzung stattzufinden hat, deshalb muss eine gleichzeitig mit der Rückforderung des Eigentums eintretende Vertragsauflösung vorausgesetzt werden. Würde man den Kaufvertrag noch als bestehend annehmen, so könnte von einer Rückerstattung der Abzahlungen keine Rede sein, denn der Anspruch des Verkäufers auf die Kaufpreiszahlung würde ja unverändert weiterbestehen. Der Kaufvertrag ist also ex tunc aufgehoben. Die Vereinbarung, der Verkäufer dürfe die Sache ohne Rücktritt vom Vertrag wieder in Besitz nehmen, ist hier nichtig, weil sie gegen den absoluten Charakter des Art. 716 verstösst. Das Gesetz will nicht nur die Verfallklausel verbieten, d.h. die Abrede, dass bei Ausübung des Rücktrittsrechts im Falle des Zahlungsverzuges trotz Rücknahme der Sache die geleisteten Abzahlungen dem Verkäufer verfallen seien. Es sollen vielmehr mittellose Käufer auch vor der ähnlichen Lage bewahrt bleiben, die schon dann eintreten würde, wenn sie weder die Sache noch die abbezahlten Raten in ihren Händen hätten. — Der Art. ordnet die Auseinandersetzung, trotzdem das Marginale nur vom „Abzahlungsgeschäften" spricht, für alle Geschäfte mit EV. In der Bundesversammlung wurde die zuerst nur für Abzahlungsgeschäfte aufgestellte Bedingung durch übereinstimmenden Beschluss der Räte auf alle Fälle, wo jemand einen Gegenstand mit EV ohne Preiszahlung übergeben hat, ausgedehnt (§ 3, S. 12 unten). Jeder, der einen EV geltend machen will, soll gehalten sein, das Empfangene unter Abzug eines angemessenen Mietzinses und einer Entschädigung für Abnützung zurückzugeben.[6])

In allen andern Fällen, die nicht unter Art. 716 fallen, weil der Käufer noch nicht teilweise erfüllt hat, liegt in der Rückforderung der Sache die Ausübung des Rücktrittsrechts und damit die Vertragsauflösung nur im Zweifel, d. h. wenn sich kein anderer Wille des Verkäufers ergibt, oder das Rücktrittsrecht nicht schon durch übereinstimmenden Parteiwillen aus-

[6]) Sten.-Bull., Bd. 17, S. 318 u. 314 Ebenso Leemann, Komm., Art. 716, N. 7; C Jaeger, Art. 212, N. 5, auf S 98. Eine Einschränkung erlitt das Anwendungsgebiet des Art. 716 auch durch den später entstandenen Art 162 OR. nicht. Dieser letztere gilt nur für Fälle, „wo weder der EV Platz greift, noch ein Kauf auf Abzahlung vorliegt, sondern ein anderes Geschäft mit Teilzahlungen" (Huber, Sten.-Bull., Bd. 19, S. 543). also für Geschäfte, die überhaupt nicht unter Art. 716 fallen würden. A. M. Oser, Komm., Art. 227, 2 b, der den Art. 162 OR. auch auf Verwirkungsklauseln bei Verträgen, die keine Abzahlungsgeschäfte sind, selbst dann anwenden würde, wenn ein EV mit ihnen verbunden wäre.

geschlossen ist. Dies ergibt sich aus der Verkehrsauffassung,[7]) der in dieser Materie sowieso entscheidendes Gewicht beizulegen ist. Die Verkehrsauffassung ist daraus zu erklären, dass Laien zwischen der Rückgängigmachung des (dinglichen) Veräusserungsgeschäfts und des (obligatorischen) Verpflichtungsgeschäfts keinen Unterschied sehen. Ein mit der Rückforderung n o t w e n d i g verbundener Rücktritt ist hier nicht anzunehmen, weil der Grund, aus dem man dies bei Art. 716 tun muss, wegfällt, nämlich die Pflicht des Verkäufers, die empfangenen Abzahlungen zurückzuerstatten. – Der Eigentumsherausgabeanspruch ist in diesem Falle ein unbedingter. Ein Anspruch auf einen angemessenen Mietzins und eine Entschädigung für Abnützung ist dem Vindikanten ebenso gut zuzusprechen, wie bei der bedingten Rückforderung des Art. 716.

Obschon das Gesetz die eine G e g e n l e i s t u n g d e s K ä u f e r s f ü r d i e U e b e r l a s s u n g d e r K a u f s a c h e „Mietzins" nennt, so darf doch keineswegs auf ein zwischen Abschluss und Erfüllung des Kaufvertrages eingeschobenes Mietverhältnis im Sinne von Art. 253 OR geschlossen werden.[8]) Dieser Mietzins bedeutet nur den Betrag, der im Verkehr hätte bezahlt werden müssen, wenn die Sache nicht gekauft, sondern gemietet worden wäre. Die andere Gegenleistung des Käufers für die Sachgebrauchsüberlassung besteht in einer Entschädigung für Abnützung, d. h. für die Wertminderung, soweit diese nicht bei Berechnung des Mietzinses berücksichtigt wurde. Sie umfasst besonders die ausserordentliche Abnützung durch vorsätzlich oder fahrlässig vertragswidrigen Gebrauch.[9]) Diese Vergütungen sind für die Zeit von der Uebergabe bis zur Rückgabe zu bemessen und mit den schon geleisteten Abzahlungen zu verrechnen. Reichen die letzteren nicht aus, so behält der

[7]) Für das Recht des BGB. vertreten diese Ansicht: Windscheid-Kipp, Pand. II, § 387, S. 640, und Goldmann-Lilienthal, § 142, Anm. 2. Anders allerdings die herrschende Meinung: Staudinger, § 455, II 4; Planck, § 455, Anm. 2; Endemann, § 160 a, Anm. 24, Oertmann, § 455, Anm. 1.

Eine Ausnahme wäre allenfalls anzunehmen in Fällen ohne bestimmte Verfallzeit, denn bei „nicht rechtzeitiger Zahlung" ist zwar der Ausfall, aber nach Art. 102 I OR. noch kein Verzug gegeben, weil die Mahnung noch fehlt. Daher wäre hier nur eine r e i n e Rückforderung möglich, die mangels des Rücktrittsfalls den Rücktritt nicht enthalten könnte. Solche Fälle kommen in der Praxis nicht vor, weil im Register die Angabe der Verfallzeit verlangt wird (Vo. Art. 7, lit. i.), andrerseits weil beim Ausbleiben der Zahlung der Verkäufer mahnen wird, b e v o r er den EV geltend macht.

[8]) So im gemeinen Recht: Thorsch, S. 21. Ebenso für das frühere OR., Stückelberg, S. 365, der den EV ohne Vereinbarung eines derartigen Zwischengeschäfts als unwirksam erklärte. Vgl. auch Grenier, S. 556/7.

[9]) Die Regelung des Art. 716 entspricht der früheren ständigen Praxis der Zürch. Gerichte. H. E. 12. 98. — Art. 716 hat rückwirkende Kraft (Schlußtitel Art. 3).

Veräusserer eine Mehrforderung. Uebersteigen die Teilzahlungen die Gebrauchsentschädigung, so muss er den Ueberschuss herausgeben. Ausser den in Art. 716 genannten Ansprüchen können weitere aus Art. 41 ff. OR hervorgehen. Im Interesse eines billigen Interessenausgleiches ist dem Erwerber für notwendige und nützliche Verwendungen nach Art. 62 f. OR Ersatz zuzusprechen.[10]) Weitere Entschädigungsansprüche für mit dem Vertragsabschluss verbundene Aufwendungen oder für entgangenen Gewinn, hat der Veräusserer nicht. Den Streit über die Höhe der Entschädigungen hat der Richter nach freiem Ermessen, eventuell gestützt auf eine Expertise zu entscheiden. Im Interesse der Zeit- und Kostenersparnis können die Parteien sich zum Voraus für den Rücktrittsfall über die Höhe der Beträge einigen. Diese Einigung unterliegt aber der richterlichen Nachprüfung.[11])

Das Rückgewährungsverhältnis ist wie ein zweiseitiger Vertrag mit unbefristeter Verbindlichkeit (Art. 75 OR) zu beurteilen. Diejenige Partei, welche die andere zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben, oder die Erfüllung anbieten (Art. 82 OR). Neben dieser Einrede des nichterfüllten Vertrags hat der Erwerber bis zur Rückerstattung etwaiger (über die Gebrauchsentschädigung hinausgehender) Abzahlungen in Bezug auf die Kaufsache auch die Retentionseinrede nach Art. 895 ZGB.[12])

Art. 716 findet als zwingende Gesetzesvorschrift ausdehnende Anwendung auf alle Rechtsgeschäfte, die darauf ausgehen, die vom Verbot missbilligte Rechtslage zu schaffen. Darunter fallen insbesondere alle diejenigen Verträge, die zwar nicht nach der äusseren Bezeichnung, wohl aber nach der wahren Parteiabsicht Abzahlungsgeschäfte mit EV sind, weil der Hauptzweck nicht Sachgebrauchsüberlassung, sondern Eigentumsübertragung ist (Miete mit Kaufversprechen, Möbelleihvertrag, Viehpacht etc.).[13]) Diese Ansicht lässt sich namentlich auf Art. 18 OR stützen.

Macht der Verkäufer mit dem Zeitpunkt des Ausfalls der Uebertragungsbedingung den EV geltend, so benützt er sein Sicherungsmittel, d. h. einen Notbehelf. Zwischen diesem Eigentumsherausgabeanspruch und dem Erfüllungsanspruch hat er jedoch ein Wahlrecht.[14]) Er wird in der Regel zu-

[10]) Ebenso Leemann, Komm., Art. 716, N. 2; Oser, Komm., Art. 227, 3 c.

[11]) Fick, Art. 227, N 8.

[12]) Uebereinstimmend Stückelberg, S. 362.

[13]) Leemann, Komm., Art. 716, N. 5; Zürch. Oberger. Urt. v. 26. II. 12 (SchJZ Jhg. 9, S. 124) Bg. 39², 522; Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, § 6.

[14]) Für Abzahlungsgeschäfte ist dies in Art. 226 OR. ausdrücklich festgelegt.

erst den gewöhnlichen Weg betreten und die Zahlung des Kaufpreises verlangen, ohne dadurch etwa auf seine dingliche Sicherung zu verzichten. Andrerseits aber muss das Rücknahmebegehren, das ja bei den unter Art. 716 fallenden Geschäften stets, in allen anderen Fällen aber nur im Zweifel zugleich die Vertragsauflösung bewirkt, im ersten Fall immer, im zweiten nur im Zweifel auch den späteren Erfüllungsanspruch des Verkäufers ausschliessen. Wenn jedoch die Sache nicht zurückgegeben werden kann, weil sie z. B. durch Verschulden des Käufers (Art. 97 ff. OR) oder durch Zufall (Art. 185 I OR) untergegangen ist, so behält der Veräusserer trotz Rückforderung in allen Fällen den Anspruch auf die Zahlung des Kaufpreises.

Bei Abzahlungsgeschäften kann der Verkäufer auf Grund von Art. 226 nur entweder den ausstehenden Kaufpreis, oder die Uebergabe der Sache an ihn verlangen. Fordert er bei einem Kauf mit EV, der k e i n Abzahlungsgeschäft ist, beides, so ist immer nur der Eigentumsherausgabeanspruch zu schützen: In den Fällen, wo der Käufer bereits teilweise geleistet hat (die ja auch unter Art. 716 ZGB) fallen, ist die Kaufpreisforderung deswegen abzuweisen, weil durch die Eigentumsklage das Schuldverhältnis aufgehoben worden ist und der Veräusserer viel mehr die geleisteten Abzahlungen zurückgeben muss. Fordert der Verkäufer in den Fällen, wo der Käufer noch keine Abzahlungen gemacht hat, ausser der Herausgabe der Sache auch die Zahlung, so liegt darin ein Verzicht auf die Ausübung des Rücktrittsrechts, und der Kaufvertrag bleibt bestehen. Die Rechtsstellung der Parteien ist dann dieselbe, wie wenn beim Abschluss des obligatorischen Vertrags ein EV ohne Kreditfrist vereinbart worden wäre, d. h. Käufer und Verkäufer sind verpflichtet, ihre Leistungen gleichzeitig, — Zug um Zug — zu erfüllen (Art. 184 II OR).. Weil nun der Verkäufer weder erfüllt hat, noch die Erfüllung anbietet (er verlangt ja das Eigentum heraus), noch nach Inhalt oder Natur des Vertrags später zu erfüllen hat, kann er nach Art. 82 OR den Käufer zur Erfüllung nicht anhalten. — Ein derartiges Rechtsbegehren ist übrigens (abgesehen etwa vom Konkursrecht) selten, denn in der Praxis wird der eine Anspruch höchstens eventualiter neben dem andern geltend gemacht.

Da der Ausfall der Bedingung keine Auflösung des Kaufvertrages herbeiführt, so kann der Käufer auf alle Fälle, bis der Verkäufer das Rückgabebegehren gestellt und in der Regel den Rücktritt erklärt hat, noch immer erfüllen und Erfüllung verlangen. Er kann dies aber sogar noch nachher! Aus dem auf Parteiwillen beruhenden Nebenzweck des EV geht nämlich

hervor, dass der Verkäufer auf die Rückforderung und damit auch auf die Ausübung des Rücktrittsrechts verzichtet hat, für den Fall, dass der Käufer die Erfüllung und vollen Ersatz etwaigen Verzugsschadens anbietet. Unter diesen Voraussetzungen steht daher der Eigentumsklage noch nach Ausfall der Bedingung eine Einrede aus dem Kaufvertrag entgegen.[15]) Die Wirkung einer solchen nachträglichen Erfüllung auf den EV ist juristisch nicht leicht zu begründen. Weil die bedingte Uebertragung wegen Zahlungsverzugs hinfällig geworden ist, und eine nachträgliche Zahlung die Bedingung nicht erfüllt, so kann der Käufer auf Grund dieser Uebereignung kein Eigentum erwerben. Es wurde nun aber schon mehrmals betont, dass nach übereinstimmendem Parteiwillen der EV nur einen unselbständigen Nebenzweck zur Sicherung des Veräusserers verfolgt, für letzteren also gewissermassen ein Hintertürchen bedeutet. Zahlt der Käufer noch nach Ausfall der Bedingung und leistet er Ersatz für etwaigen Verzugsschaden, besonders geschuldete Verzugszinsen, so liegt nach der Meinung der Parteien darin ebenso gut die käuferische Erfüllung, wie bei rechtzeitiger Zahlung, d. h. eine subsidiäre Bedingung des Eigentumsübergangs. Aus diesen Gründen kommt Jaffé S. 46 für das Recht des BGB zum Schluss, dass neben der durch rechtzeitige Zahlung des Preises bedingten dinglichen Einigung noch eine sekundäre Einigung hergehe, die schlechthin durch die volle Erfüllung der dem Käufer obliegenden Verbindlichkeiten bedingt sei. Dem ist auch für das schweiz. Recht beizustimmen. An Stelle der (bei Ausfall der Bedingungen erloschenen) primären, ist eine sekundäre Eigentumsanwartschaft getreten. Der Käufer erwirbt daher auch bei nachträglicher Zahlung das Eigentum ipso iure.

Rechtsgeschäfte, die der Erwerber mit Dritten über die mit EV veräusserte Sache während der Schwebezeit abgeschlossen hat, werden nicht schon mit dem Zeitpunkt des Ausfalls der Bedingung, wohl aber mit der Rückforderung der Sache (ausser bei gutgläubigem Erwerb) unwirksam. Andrerseits erlangen Rechtsgeschäfte, die der Veräusserer mit Dritten abschloss, jetzt endgültige Wirksamkeit.

[15]) Dunker, S 93; v. Geyso, S. 169; Staub, § 382, Anm. 64; Bg. 29², 715: „L' acheteur peut toujours se soustraire à la revendication de la chose par le vendeur en satisfaisant à la condition, soit en payant le prix même après l'ouverture d'action. . .“

§ 11.

B. Die obligatorische Seite.

Wir haben im vorigen Paragraphen behauptet, der Veräusserer sei auf Grund des EV beim Zahlungsverzug des Erwerbers im Zweifel auch zum Rücktritt vom obligatorischen Vertrag berechtigt.

Auch diese bereits verwertete und vom BGB im § 455 angenommene Auslegungsregel ergibt sich aus der Verkehrsauffassung.[1]) Letztere wiederum lässt sich aus dem Erfordernis einer zweckmässigen und glatten Geschäftsabwicklung und raschen Warenumsatzes erklären. Würde der Verkäufer trotz Zahlungsverzuges des Käufers kein sofortiges Rücktrittsrecht haben, so würden die Schuldverbindlichkeiten auf alle Fälle weiterbestehen. Der Verkäufer-Eigentümer könnte mit der Eigentumsklage zwar den unmittelbaren Besitz, nicht aber die viel wichtigere freie Verfügung über die Sache wieder erlangen. Denn wie der Käufer zur Zahlung, so bliebe er zur Eigentumsverschaffung verpflichtet. Weil aber nach dem Willen der Parteien im Fall der Geltendmachung des EV dem Verkäufer die Bewegungsfreiheit in der Regel nicht genommen sein soll, so muss in der Vereinbarung des EV zugleich ein stillschweigender Rücktrittsvorbehalt zu Gunsten des Verkäufers für den Fall des Zahlungsverzugs des Käufers gesehen werden. Der Verkäufer soll die Freiheit haben, beim Zahlungsverzug des Erwerbers den Vertrag als aufgelöst zu erklären. Ja, wir wissen bereits, dass der Verkehr diese einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung im Zweifel schon in der Rückforderung der Sache sieht. – Die Annahme, es liege im EV im Zweifel ein stillschweigender Rücktrittsvorbehalt, wird auch nicht durch Art. 214 III OR ausgeschlossen. Diese Bestimmung befasst sich überhaupt nicht mit dem EV an der übergebenen Sache und seinen Wirkungen, sondern schliesst einen Rücktritt ohne ausdrücklichen Rücktrittsvorbehalt nur aus, wenn der Eigentumsübergang schon stattgefunden hat.

Weil der EV im Zweifel das Rücktrittsrecht des Verkäufers für den Fall des Zahlungsverzugs des Käufers mitenthält, kann man ihn zutreffend mit Eugen Huber als ein „verdinglichtes Rücktrittsrecht“[2]) bezeichnen. Eine besondere Rücktrittsklausel ist nicht notwendig und ebenso wenig eine vorherige Fristsetzung nach Art. 107 OR. —

Wie durch den Eintritt der Rückforderungsmöglichkeit, so wird der Bestand des Kaufs auch durch die Rück-

[1]) BGB. Prot. II, S. 80.
[2]) Eugen Huber, S. 109, Anm. 2.

tritts möglichkeit nicht berührt, denn der Vertrag ist perfekt. Der Verkäufer braucht ja sein Rücktritts-Recht gar nicht auszuüben, denn es ist in sein freies Belieben gestellt. Das Rücktrittsrecht macht den Kaufvertrag nie zu einem bedingten.[3]) Es tritt folglich die Vertragsauflösung nicht von selbst, sondern erst mit der Rücktrittserklärung des Verkäufers ein. Eben dadurch unterscheiden sich die obligatorischen Wirkungen des EV von den dinglichen: Erstere treten mit einer Willenserklärung des Verkäufers, letztere aber ohne weiteres ein. Allerdings können die Parteien die Rechtsbeständigkeit des Vertrages selbst, - suspensiv oder resolutiv — bedingen und den Zahlungsverzug des Käufers als das Ereignis festsetzen, von dessen Eintritt oder Nicht-Eintritt die Wirksamkeit des Kaufvertrags abhängen soll. Ueber die Ausübung des Rücktrittsrechts wurde im vorigen Paragraphen eingehend gesprochen.

Beim Zahlungsverzug des Käufers kann der Verkäufer neben der Erfüllung natürlich auch Verzugsschadenersatz nach Art. 103, sowie Verzugszinsen nach Art. 104 OR verlangen. Ueberhaupt finden auf die Verbindlichkeiten aus dem obligatorischen Vertrag die Grundsätze del OR allgemeine Anwendung.

Nachdem wir nun mit der juristischen Konstruktion des EV zu Ende gekommen sind, ergibt sich uns genau dieselbe Auslegungsregel, wie sie § 455 BGB enthält, auch für das ZGB:

> „Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Uebertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt und dass der Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt."

[3]) Unrichtig: Oser, Komm., Art. 107, III, 2 b; Art. 214 b, a; Art. 227, 3 d.

III. Abschnitt.

Der EV. im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.

§ 12.

Schuldbetreibung.

Wir wissen bereits, dass der Veräusserer-Eigentümer bei Ausfall der Bedingung normalerweise – entsprechend dem wirtschaftlichen Zweck des Kaufs — nicht gleich den EV geltend macht. Er wird zuerst Zahlung des Kaufpreises verlangen und nötigenfalls die Schuldbetreibung und zwar je nach der Person des Schuldners (Art. 39 Schkg) auf Pfändung oder auf Konkurs einleiten. Ausgeschlossen ist dagegen die Pfandverwertungsbetreibung. Für diese Betreibungsart kann weder Art. 37 noch Art. 41 Schkg ausdehnend ausgelegt werden.[1]) Beruft sich der Veräusserer aber gleich auf das Eigentum, so ist die langsame und oft fruchtlose Vorausbetreibung nicht nötig, denn mit dem EV hat man für den Fall seiner Realisierung zugleich auch eine Ausnahme vom gesetzlichen Exekutionsmodus anerkannt.

In der Anhebung der Betreibung liegt ebensowenig ein Verzicht auf das Eigentum, wie im Begehren der Zahlung. Wohl aber ist ein solcher Verzicht enthalten in der widerspruchslosen Zulassung der Pfändung der Gegenstände, an denen der betreibende Gläubiger Eigentum behauptet und besonders im Verwertungsbegehren.[2]) Die Pfändung kann begrifflich einem Pfändungsgläubiger ein Beschlagsrecht nur an Sachen des Schuldners geben. An eigener Sache gibt es zwar ein Pfandrecht, aber kein Pfändungspfandrecht! Lässt jemand eine Sache pfänden, die er mit EV verkauft hat, so behandelt er sie gerade dadurch als ein Vermögensstück des Käufers. Dasselbe ist zu sagen, wenn er den Gegenstand auf dem Wege der Zwangsvollstreckung versteigern lässt, um sich aus dem Erlös bezahlt zu machen. Der in der Pfändung und im Verwertungsbegehren liegende Verzicht

[1]) Mit Oser S. 476; Stückelberg, S. 357.

[2]) Bg. 32², 135, Erw. 5; 35², 4⁵, Erw. 3; 39¹, 120; Bern. App.-Hof, Urt. v. 2. II. 1912 (ZBJV 48, 558); Fick, Art. 226, Anm. 9; Staub, § 382, Anm. 66, und die überwiegende deutsche Praxis. Abweichend für die Pfändung: Leemann, Komm., Art. 715, N. 22, der im Anschluß an Rg. 66, 348/9 auf die Umstände des Einzelfalls abstellt; ebenso Dernburg II, 2, § 171, Anm. 11.

auf den EV hat in gleicher Weise den sofortigen Eigentumsübergang auf den Käufer zur Folge, wie jeder andere. Ausserdem ist zu bemerken, dass ein solcher Verzicht nach Dahinfallen der betreffenden Betreibung (Art. 208 Schkg) auch der Konkursmasse gegenüber fortdauert. Im Konkurs des Pfändungsschuldners lebt das aufgegebene Eigentum des Gläubigers nicht wieder auf, denn es geht nicht an, dass der Pfändungsgläubiger die gepfändete Sache nach seinem Belieben zuerst als eine fremde und nachträglich das gleiche Vermögensstück wieder als Eigentum behandelt.[3])

Das dem Erwerber in der Schwebezeit zustehende bedingte Eigentumsrecht stellt unter Umständen, namentlich bei nahezu ganz abbezahltem Kaufpreis einen bedeutenden Vermögenswert dar, den man den betreibenden Gläubigern des Käufers nicht vorenthalten kann. Weil aber die Pfändung des „Rechts des Schuldners, durch Bezahlung der Kaufpreisrestanz Eigentümer zu werden", auf juristische und praktische Schwierigkeiten stossen würde, und da andrerseits der EV wirtschaftlich ein Pfandrecht des Verkäufers ist, hat das Bundesgericht in Bg. 37[1], 166 entschieden und im Kreisschreiben Nr. 29 vom 31. März 1911 bestimmt, dass die mit EV verkauften Sachen in analoger Anwendung der für die Pfändung und Verwertung verpfändeter Sachen geltenden Bestimmungen (Art. 106 u. 107, 126 u. 127 Schkg) zu pfänden und zu verwerten seien.

Das Widerspruchsverfahren bezweckt auch hier die Feststellung der Drittrechte nicht um die Inanspruchnahme der Sache durch den betreibenden Gläubiger auszuschliessen, sondern nur um, — zur Sicherung des Verkäufers — auf die Art und Weise der Verwertung einen Einfluss auszuüben. Daher ist insbesondere die Höhe des noch ausstehenden Kaufpreises festzustellen.

Bei der Verwertung erfolgt dann der Zuschlag nur, wenn das Angebot den Betrag der ermittelten Kaufpreisrestanz übersteigt, worauf der Verkäufer aus dem Steigerungserlös vorab zu befriedigen ist.

Damit sind die Interessen der betreibenden Gläubiger des Erwerbers wenigstens insoweit gewahrt, als sich dies mit der Sicherung des Veräusserers verträgt. Ueber die Einzelheiten des Verfahrens verweisen wir auf das im Anhang abgedruckte Kreisschreiben. Dieses bezieht sich jedoch nur auf Betreibungen dritter Gläubiger, nicht auf diejenige des Eigentümers eines mit EV veräusserten Gegenstandes gegen den

[3]) Bg. 32[2], 137.

Erwerber.[4]) Auf den Konkurs des Käufers dürfen die Grundsätze des Erlasses nicht ausgedehnt werden.[5])

Da der Verkäufer während der Schwebezeit noch Eigentümer der im Besitz des Schuldners befindlichen, mit EV belasteten Sachen ist, könnten seine Gläubiger auf Grund einer buchstäblichen Gesetzesauslegung diese Gegenstände nach Art. 91 I und 98 II Schkg pfänden, ohne dass der Käufer sich gegen den betreibenden Drittgläubiger im Widerspruchsverfahren nach Art. 109 Schkg erfolgreich wehren könnte, denn er kann weder das Eigentum noch ein Pfandrecht an der Sache beanspruchen. Er würde vielmehr trotz seiner Eigentumsanwartschaft und trotzdem er seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag regelmässig nachkommt, die Sache auf eine höchst unbillige Weise verlieren. Auf die geleisteten Abzahlungen hätte er zwar einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung und für den Fall, dass dem Verkäufer an der Pfändung der Sache durch den betreibenden Gläubiger ein Verschulden trifft, einen solchen auf Schadenersatz nach Art 97 OR. Derartige Ansprüche gegenüber einem bereits betriebenen Schuldner bedeuten jedoch einen mageren Trost und fristen ihr Leben nur in der Theorie. Kommt es dann zur Versteigerung und hat der Verkäufer diese, die als ein Fall des Unmöglichwerdens einer Leistung anzusehen ist,[6]) nicht zu vertreten, so zeigt sich die Unbilligkeit im schönsten Licht, denn jetzt haftet der Verkäufer nicht einmal mehr für die bereits empfangenen Abzahlungen und behält nach Art. 119 III OR noch sogar den Anspruch auf die Kaufpreisrestanz, weil die Gefahr der Sache mit Abschluss des Kaufvertrags auf den Käufer übergegangen ist (§ 8, S. 42). Es muss daher dem Eigentum in Art. 109 Schkg auch die Eigentumsanwartschaft des Käufers einer mit EV belasteten Sache gleichgestellt werden, deren Feststellung in einem allfälligen Widerspruchsprozess die Inanspruchnahme der Sache durch den betreibenden Gläubiger des Verkäufers und Widerspruchskläger ausschliessen würde. — Die Restforderung des Verkäufers gegenüber dem Käufer aber kann nach Art. 91 I und 99 Schkg von den Gläubigern des ersteren erfolgreich gepfändet werden.

Einen Arrest, den der Veräusserer auf den mit EV verkauften Gegenstand legen liess, kann der Erwerber mit der Einrede des EV im Arrestaufhebungsverfahren[7]) des Art. 279 Schkg aufheben lassen. Diese Einrede des EV muss der Einrede der Pfandsicherung des Art. 271 gleichgestellt werden,

[4]) Bg. 39[1], 121.
[5]) Bg. 38[1], 260.
[6]) Rg. 66, 347.
[7]) So für die Einrede der Pfandsicherung, C. Jaeger, Art. 279, N. 5.

weil der Gesetzgeber den Arrest dort ausschliessen wollte, wo der Gläubiger für seine Forderung anderweitige Realsicherheit hat, ganz abgesehen vom Strafschutz.[8]) Dagegen ist der vom Gläubiger des Käufers auf den Gegenstand gelegte Arrest deswegen zulässig, weil er eine provisorische Pfändung bedeutet und eine derartige Pfändung, wie wir gesehen haben, trotz des Eigentums des Veräusserers stattfinden kann. Es ist daher auch hier die Arrestierung der Sache vorzunehmen, selbst wenn die Arrestierung der Eigentumsanwartschaft verlangt wird. Haben Gläubiger des Verkäufers auf die beim Käufer liegende, mit EV belastete Sache Arrest gelegt, so kann dieser nach Art. 275 in Verbindung mit Art. 109 Schkg im Widerspruchsverfahren aus den gleichen Gründen aufgehoben werden, wie die Pfändung (s. oben). Dagegen kann eine Arrestierung der Restforderung des Verkäufers gegenüber dem Käufer durch die Gläubiger des ersteren auf Grund von Art. 275, 91 I u. 99 Schkg vorgenommen werden.

Die Kompetenzqualität im Sinne von Art. 92 Schkg kommt auch den mit EV belasteten Sachen zu, unabhängig davon, wem das Eigentum daran zustehe. Sie kann also sowohl dem pfändenden Verkäufer,[9]) als auch pfändenden Dritten[10]) entgegengehalten werden.

§ 13.

Der Konkurs des Käufers.

Wird über das Vermögen des Erwerbers, der im Besitze einer mit EV belasteten Sache ist, der Konkurs eröffnet, so fällt diese gemäss Art. 197 Schkg nicht in die Konkursmasse, weil sie zur Zeit der Konkurseröffnung nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Die Eigentumsanwartschaft aber, die mit der Schwebezeit auch im Konkurs fortdauern kann (§ 10, S. 45), gehört gegebenenfalls zur Masse und zieht aus diesem Grunde bei Eintritt der Bedingung auch das Vollrecht zum konkursgebundenen Vermögen.

Bei Ausfall der Bedingung kann der Veräusserer-Eigentümer seinen Eigentumsherausgabeanspruch als Aussonderungsanspruch nach Art. 242 Schkg geltend machen. Dieses früher materiellrechtlich bestrittene Vindikationsrecht (§ 10, S. 45/6) war auch konkursrechtlich in der Theorie, ganz im Gegensatz zur Praxis — auf Grund von Art. 212 Schkg hart

[8]) Vaud, Trib. cant. 7. VII. 13 (SchJZ Jhg. 10, S. 104, N. 97); C. Jaeger, Art. 271, N. 5 a. E.

[9]) Bg. 39[1], 119.

[10]) Bg. 37[1], 169; Kreisschreiben, N. 29, vom 31. März 1911, Ziff. 1.

angefochten.[1]) Art. 212 setzt jedoch den Eigentumsübergang voraus und betrifft den EV nicht, trotzdem dieser im Zweifel einen Rücktrittsvorbehalt des Verkäufers für den Fall des Zahlungsverzugs des Käufers mitenthält. Heute ist das Aussonderungsrecht allgemein anerkannt.[2]) Der Veräusserer kann analog der Rückforderung ausserhalb des Konkurses die mit EV verkauften Gegenstände nur unter der Bedingung zurückverlangen, dass er die vom Erwerber und jetzigen Gemeinschuldner geleisteten Abzahlungen unter Abzug eines angemessenen Mietzinses und einer Entschädigung für Abnützung an die Konkursmasse zurückerstattet (Art. 716 ZGB). Es finden überhaupt alle für die Geltendmachung des EV in § 10, S. 45 ff. aufgestellten Grundsätze auch im Konkurs Anwendung.

Der beschränkte Aussonderungsanspruch des Verkäufer-Eigentümers, der nicht auf Rückgabe, sondern bloss auf Feststellung der Nichtzugehörigkeit der Sache zur Masse geht, ist zulässig.[3]) Er tut seine Dienste besonders dort, wo eine Aussonderung durch Rücknahme der Sache nach Art. 716 ZGB den Rücktritt vom Vertrag, sowie die daselbst geregelte Auseinandersetzung herbeiführen würde, und diese nicht gewollt sind, also in erster Linie beim Abzahlungsgeschäft.

Sind die mit EV belasteten Gegenstände vor der Eröffnung des Verfahrens vom Gemeinschuldner oder nach Eröffnung des Verfahrens von der Konkursverwaltung veräussert worden, so hat der Veräusserer-Eigentümer einen Ersatzaussonderungsanspruch: Er kann die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung verlangen, soweit diese noch aussteht, oder die Gegenleistung selber, wenn sie noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist.[4]) Die Ersatzaussonderung versagt, wenn das eingezogene Geld nicht mehr von der übrigen Masse zu scheiden ist. In diesem Fall hat der Verkäufer als Massegläubiger einen Anspruch auf die ungerechtfertigte Bereicherung. Ausgeschlossen ist die Ersatzaussonderung auch dann, wenn der Veräusserer-Eigentümer zu einer für Rechnung des Ersterwerbers erfolgenden Weiterveräusserung von vorneherein ausdrücklich oder stillschweigend (so bei verbrauchbaren Sachen § 4, S. 16) zugestimmt hatte. Eine Haftung der Masse aus ungerechtfertigter Bereicherung ist alsdann undenkbar.

[1]) Oser, S. 480; Stückelberg, S. 361. — A. M. dagegen Hafner, Art. 264, Anm. 4; Thilo, S. 123/4.

[2]) Blumenstein, § 47, S. 640; C. Jaeger, Art. 197, N. 4, Art. 212, N. 5; Wieland, Art. 715, Anm. 1; Huber, S. 109, Anm. 2 a. E., Reichel, Art. 212, Anm. 2, c.

[3]) E. Jaeger, § 43, Anm. 7.

[4]) C. Jaeger, Art. 242, N 3; E. Jaeger, § 46, Anm. 3. — Empfangene Zahlungen sind nach Art. 716 ZGB. zurückzuerstatten, bezw. zu verrechnen.

Gegenstände, an denen ein EV geltend gemacht und anerkannt wurde, dürfen von der Masse nicht verwertet werden. — Aus einer schuldhaften Veräusserung der Sache kann die Konkursverwaltung dem Verkäufer nach Art. 241 und 5 Schkg verantwortlich werden. Wenn sie innerhalb ihres Machtbereiches gehandelt hat, so ist neben ihr auch die Masse haftbar, denn die Verantwortlichkeit der Konkursverwaltung schliesst die Haftung der Masse nicht aus.[5])

Ein gesetzliches Verbot, vindizierte Gegenstände vor Erledigung des Rechtsstreites zu verwerten, besteht nicht. Wie weit eine Verschiebung der Verwertung sich mit den Interessen der Masse bezw. des Vindikanten verträgt, ist eine Angemessenheitsfrage. Eine Beschwerde an das Bundesgericht ist daher nach Art. 19 I Schkg ausgeschlossen.[6])

Die Konkursverwaltung hat das Recht des Eintritts in den Vertrag.[7]) Dies ergibt sich einerseits aus Art. 211 II, andrerseits aus Art. 197 Schkg, denn das Recht des Käufers, durch Bezahlung des Kaufpreises Eigentum zu erwerben, fällt in die Masse. Ist noch kein Verzug eingetreten, so ist das Eintrittsrecht ein unbeschränktes.

Ist der Verzug eingetreten, so ist das Eintrittsrecht aus zwei Gründen beschränkt. In dinglicher Hinsicht, weil der Ausfall der Bedingung vorliegt, und in obligatorischer Hinsicht, weil der EV im Zweifel einen Rücktrittsvorbehalt zu Gunsten des Verkäufers für den Fall des Zahlungsverzugs des Käufers mitenthält:

a) Wegen Ausfalls der Bedingung bedeutet hier der Eintritt der Konkursverwaltung in den Vertrag eine „nachträgliche Erfüllung“ (§ 10, S. 51), die nur möglich ist, wenn die ausstehenden Raten und voller Ersatz etwaigen Verzugsschadens angeboten wird.[8])

b) Solange andrerseits das im Zweifel gegebene Rücktrittsrecht nicht ausgeübt wird, kann die Konkursverwaltung gegen den Willen des Verkäufers ebenfalls nur dann die Ueberlassung der Sache verlangen, wenn sie die ausstehenden Raten und vollen Verzugsschadenersatz anbietet. Darin muss eine Heilung des Verzugs gesehen werden und der Verkäufer kann daher auch keinen Rücktritt mehr geltend machen.[9]) Hat er aber sein Rücktrittsrecht

[5]) E. Jaeger, § 59, Anm. 1.
[6]) Bg. 34[1], 884; Bg. 35[1], 642, Erw. 1.
[7]) Bg. 35[1], 142.
[8]) Reichel, S. 292, Anm. 2. c, und Leemann, Komm., Art. 715, N. 17.
[9]) A. M. Blumenstein, S. 641, N. 59, und C. Jaeger, Art. 212, N. 5, die beim EV mit Rücktrittsklausel das Eintrittsrecht der Masse schon beim Eintritt des Verzugs ausschließen.

bereits ausgeübt, so ist die Konkursverwaltung zur Erfüllung des Vertrags nicht berechtigt, denn der Vertrag ist ja aufgelöst und die (durch das Rücktrittsrecht beschränkte) Eigentumsanwartschaft besteht ja auch nicht mehr.

Tritt die Konkursverwaltung in den Vertrag ein, so hat sie als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners die Rechte und Pflichten, die der Käufer ausserhalb des Konkurses gehabt hätte. Die Zahlungsverbindlichkeit wird Masseschuld und geht als solche allen Konkursforderungen und selbst den Massekosten vor. Bei Ausfall der Bedingung dringt der Aussnderungsanspruch des Verkäufers (wiederum unter Vorbehalt der „nachträglichen Erfüllung") durch.

Tritt die Konkursverwaltung in den Vertrag nicht ein, so steht jetzt, wenn nicht theoretisch so doch praktisch fest, dass die Zahlung des Kaufpreises auch ausserhalb des Konkurses überhaupt nicht, geschweige denn rechtzeitig erfolgt. Die Erfüllungsablehnung, an die auch der Gemeinschuldner gebunden ist, kommt daher dem Ausfall der Bedingung gleich.[10]) Der Verkäufer-Eigentümer kann jetzt seinen Aussonderungsanspruch geltend machen und die Sache zurückverlangen. Auch in diesem Falle tritt er mit der Rückforderung, falls der Käufer bereits teilweise erfüllt hat, nach Art. 716 ZGB notwendig, in allen andern Fällen im Zweifel vom Kaufvertrag zurück. Der Rücktrittsfall ist möglicherweise schon vor dem vertraglichen Verfalltermin gegeben, da der Kaufpreis nach Art. 208 Schkg als fällig gilt und wegen Zwecklosigkeit der Mahnung der Verzug auch ohne eine solche eingetreten ist.[11]) Tritt der Verkäufer nach der Erfüllungsablehnung der Konkursverwaltung durch die Rückforderung notwendig bezw. im Zweifel vom Kaufvertrag zurück, so kann er auch keine Konkursforderung auf Schadenersatz geltend machen.

Die Anmeldung der Kaufpreisforderung steht dem Verkäufer frei, sofern nicht die Konkursverwaltung das Wahlrecht nach Art. 211 Schkg ausübt. Meldet er an, so hat er jedoch kein Vorrecht als Massegläubiger, wie im Falle der Erfüllung des Vertrages durch die Masse, sondern er ist als Konkursgläubiger auf eine blosse Konkursforderung angewiesen. In der Anmeldung der Forderung liegt kein Verzicht auf den EV, ebenso wenig wie in der Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs ausserhalb des Konkurses.[12]) Aussonderung und Konkurseingabe für den Kaufpreis sind aus den gleichen Gründen nicht nebeneinander möglich, wie Eigentumsheraus-

[10]) E. Jaeger, § 26, Anm. 15.

[11]) Vgl. dazu, C. Jaeger, Art. 212, N. 5 u. 6; Planck-Siber II, 1, § 284, 6c; Oser, Komm., Art. 102, III 8.

[12]) Bg. 20, 541, Erw. 8.

gabe- und Kaufpreisanspruch beim ausserkonkursmässigen Ausfall der Bedingung (§ 10, S. 50). Dagegen ist neben der Konkurseingabe eine beschränkte Aussonderung zulässig, weil sie nicht auf Rückforderung geht, sondern bloss die Inanspruchnahme der Sache durch die Masse abwehren will (s. oben). Der EV sichert dann dem Verkäufer noch nach Konkursschluss für einen Ausfall an der Konkursforderung. In der Regel wird im Konkurs einfach die Rücknahme der Sache verlangt und nur für den Fall der Abweisung dieses Begehrens eine Konkursforderung angemeldet.

Ein rechtskräftig bestätigter Nachlassvertrag (vor oder im Konkurs) ist nach Art. 311 Schkg auch für den Verkäufer verbindlich, ganz abgesehen davon, ob er seine Forderung angemeldet habe oder nicht. In dinglicher Hinsicht aber hat er keinen Einfluss. Da der EV den Veräusserer bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises sichert, tritt bei Auszahlung einer blossen Nachlassquote die Bedingung nicht ein. Das Eigentum verbleibt daher nach wie vor beim Verkäufer und belässt ihn auch weiterhin den Aussonderungs- bezw. Eigentumsherausgabeanspruch.

Zum Schluss sei noch kurz angedeutet, dass u. E. der EV übrigens nur in der Form der Suspensiv- nicht aber in der Form der Resolutivbedingung der Eigentumsübertragung im Konkurs des Käufers wirksam ist. Dies aus dem Grunde, weil ein Verkäufer, welcher dem Gemeinschuldner die verkaufte Sache vor der Konkurseröffnung (zu Eigentum) übertragen hat, nicht mehr vom Vertrag zurücktreten und die übergebene Sache zurückfordern kann, auch wenn er sich das ausdrücklich vorbehalten hat (Art. 212 Schkg). Man darf der Anwendbarkeit dieser Vorschrift auch nicht mit dem Einwand aus dem Wege gehen, dass nach Art. 154 OR mit Eintritt der Resolutivbedingung ein dinglicher Rückfall des Eigentums eintrete und daher die Sache nicht mehr eine „übertragene" sei. Aus dem Zweck des Art. 212 geht hervor, dass Gegenstände, die einmal ins Eigentum des Gemeinschuldners und damit in die Konkursmasse gelangt sind, dieser auch nicht durch Rückfall des Eigentums wieder entzogen werden sollen. Es ist u. E. für die Anwendbarkeit des Art. 212 lediglich darauf abzustellen, ob vor der Konkurseröffnung ein Eigentumsübergang vom Verkäufer auf den Erwerber stattgefunden hat, oder nicht. — Die Sache fällt in die Masse. Der Verkäufer hat kein Aussonderungsrecht und kann nur eine Forderung als Konkursgläubiger geltend machen.[13])

[13]) Ebenso offenbar C. Jaeger, Art. 212, N. 5; Art. 197, N. 4; E. Jaeger, § 26, Anm. 15 u. 16. — A. M. Huber, S. 109, Anm. 2.

Anhang

I. Verordnung

betreffend

die Eintragung der Eigentumsvorbehalte.

(Vom 19. Dezember 1910.)

Das schweizerische Bundesgericht,
Schuldbetreibungs- und Konkurskammer,

gestützt auf Art. 715 des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10, Dezember 1907,

in Anwendung von Art. 15 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889,

verordnet:

Art. 1. Zuständig zur Entgegennahme der Anmeldung und zur Vornahme der Eintragung der Eigentumsvorbehalte ist nur das Betreibungsamt des Wohnorts des Erwerbers. Wohnt der Erwerber im Ausland, hat er aber in der Schweiz eine Geschäftsniederlassung, so ist das Betreibungsamt des Orts der Geschäftsniederlassung hiezu kompetent.

Zerfällt eine grössere Ortschaft in mehrere Betreibungskreise, so haben sämtliche Anmeldungen und Eintragungen für die ganze Ortschaft beim nämlichen Betreibungsamt zu erfolgen, welches von der kantonalen Aufsichtsbehörde (vergl. Art. 21 hienach) zu bezeichnen ist.

Art. 2. Vor der Eintragung hat der Betreibungsbeamte sich über seine Zuständigkeit zu vergewissern und kann zu diesem Behufe einen amtlichen Ausweis darüber verlangen, dass der Erwerber seinen Wohnort bezw. eine Geschäftsniederlassung im Betreibungskreise hat.

Hält sich der Betreibungsbeamte nicht für zuständig, so nimmt er die Eintragung nur provisorisch vor und setzt dem Antragsteller unter Angabe der Gründe eine Frist von zehn

Tagen, innerhalb deren er bei der Aufsichtsbehörde gegen die Verweigerung der Eintragung Beschwerde führen kann, mit der Androhung, dass andernfalls die provisorische Eintragung dahinfallen würde.

Art. 3. Wechselt der Erwerber seinen Wohnort oder seine Geschäftsniederlassung, so ist, wenn der neue Wohnort bezw. die neue Geschäftsniederlassung sich in einem andern Betreibungskreise befindet, daselbst eine neue Eintragung vorzunehmen, mit Ausnahme des Falles, wo der Domizilwechsel innerhalb einer und derselben Ortschaft erfolgt (Art. 1 Abs. 2).

Die frühere Eintragung verliert aber ihre Wirkung nicht sofort mit der Aufgabe des Wohnsitzes bezw. Geschäftsdomizils, sondern erst einen Monat nach dem Erwerb des neuen.

Art. 4. Die Eintragung erfolgt:

1. entweder auf Grund einer übereinstimmenden mündlichen Erklärung beider Parteien über die einzutragenden Punkte, in welchem Falle der Eintrag von beiden Parteien unterschriftlich zu bestätigen ist: oder
2. auf Grund einer einseitigen mündlichen oder schriftlichen Anmeldung des Veräusserers oder des Erwerbers:
   a. wenn gleichzeitig ein mit der Unterschrift beider Parteien versehener schriftlicher Vertrag im Original oder in beglaubigter Abschrift vorgelegt wird, aus welchem alle zur Eintragung notwendigen Angaben ersichtlich sind;
   b. im Fall eines Wohnsitzwechsels, wenn ein vom Betreibungsbeamten beglaubigter Auszug über einen nicht gelöschten Eintrag im Register eines andern Kreises vorgelegt wird.

Art. 5. Dem Betreibungsbeamten nicht persönlich bekannte Parteien haben, wenn sie eine übereinstimmende mündliche Erklärung im Sinn von Art. 4 Ziffer 1 hievor abgeben, sich über ihre Identität auszuweisen.

Handeln die Parteien nicht in eigener Person, so haben ihre Vertreter überdies im Fall einer übereinstimmenden mündlichen Anmeldung eine beglaubigte Vollmacht zu den Akten zu legen.

Art. 6. Auf eine Nachprüfung der Angaben der Parteien auf ihre Richtigkeit hat sich der Betreibungsbeamte nicht einzulassen.

Die Eintragung von Eigentumsvorbehalten, die sich auf Grundstücke oder auf Vieh beziehen sollten, ist zu verweigern.

Art. 7. Die Eintragung findet nach anliegendem Formular statt und muss enthalten:

a. die Ordnungsnummer des Eintrages;
b. das Datum der Anmeldung;
c. Name, Beruf und Wohnort des Veräusserers;
d. Name, Beruf und Wohnort des Erwerbers;
e. die Angabe des Antragstellers;
f. die genaue Bezeichnung der Sache und ihres Standortes. Bezieht sich der Eigentumsvorbehalt auf eine Sachgesamtheit oder sonst auf eine grössere Anzahl von Gegenständen, so ist ein genaues Inventar darüber einzureichen und zu den Akten zu legen und es genügt alsdann im Register ein bezüglicher Hinweis;
g. das Datum der Vereinbarung betreffend den Eigentumsvorbehalt nach Angabe der Parteien bezw. des Vertrages;
h. den garantierten Forderungsbetrag;
i. dessen Verfallzeit. Sind für die Abzahlung bestimmte Raten vereinbart, so sind auch ihre Verträge und Verfalltermine anzugeben.

Art. 8. Im Fall einer provisorischen Eintragung ist im Register in der Datumskolonne die Bemerkung „provisorisch" einzutragen. Wird die Beschwerde begründet erklärt, so ist die Bemerkung unter Angabe des Grundes wieder zu streichen. Wird dagegen eine Beschwerde nicht eingelegt oder wird sie abgewiesen, so ist der ganze Eintrag zu löschen.

Art. 9. Jede Anmeldung ist, wenn sie sämtliche notwendigen Angaben enthält (Art. 7 lit. c-i), am nämlichen Tag zur Eintragung zu bringen.

Ist die Anmeldung ungenügend, so ist der Anmeldende sofort auf die Mängel aufmerksam zu machen und darf die Eintragung erst nach erfolgter Ergänzung stattfinden.

Art. 10. Ist der durch den Eigentumsvorbehalt garantierte Forderungsbetrag in verschiedenen Raten abzubezahlen, so können auch die nach der Eintragung erfolgten Ratenzahlungen vorgemerkt werden. Erfolgt die Anzeige hievon nur seitens des Erwerbers, so hat sich dieser über die Zustimmung des Veräusserers auszuweisen.

Art. 11. Jede Eintragung hat der Betreibungsbeamte mittelst seiner Unterschrift zu beglaubigen.

Art. 12. Die vollständige Löschung einer Eintragung erfolgt:

a. entweder auf Grund einer übereinstimmenden mündlichen Erklärung beider Parteien; oder

b. auf mündlichen oder schriftlichen Antrag des Veräusserers; oder
c. auf Antrag des Erwerbers, wenn er eine schriftliche Zustimmung des Veräusserers oder ein dies ersetzendes gerichtliches Urteil, bezw. im Konkursfall eine Bescheinigung der Konkursverwaltung vorlegt, wonach der Eigentumsvorbehalt infolge Durchführung des Konkurses dahingefallen ist.

Mündliche Erklärungen des Veräusserers (lit. a und b hievor) sind von ihm in der betreffenden Kolonne des Registers unterschriftlich zu bestätigen.

Art. 13. Die Streichung der Einträge geschieht mit roter Tinte und unter Angabe des Datums und des Grundes der Löschung, sowie des Antragstellers.

Art. 14. Von jeder auf einseitigen Antrag einer Partei erfolgten Löschung hat der Betreibungsbeamte der anderen Partei sofort von Amtes wegen Mitteilung zu machen.

Ebenso ist die antragstellende Partei von jeder Verweigerung einer beantragten Löschung unter Angabe der Gründe sogleich in Kenntnis zu setzen.

Art. 15. Die in Art. 2, 4, 5, 7 lit. f, 10 und 12 hievor erwähnten schriftlichen Anmeldungen und Ausweise sind mit der Ordnungsnummer der Eintragung im Register zu versehen und vom Betreibungsamt bis nach erfolgter Löschung der Eintragung aufzubewahren.

Der in Art. 4 Ziff. 2 lit. a erwähnte Vertrag, sowie das Inventar nach Art. 7 lit. f sind auf Verlangen derjenigen Partei aushinzugeben, welche sie eingelegt hat.

Art. 16. Ausser dem Hauptregister ist zur Erleichterung der Nachschlagungen ein alphabetisch geordnetes Personenregister anzulegen, welches unmittelbar nach jeder Eintragung nachzuführen ist.

Art. 17. Die Einsicht in das Register ist jedermann gestattet und das Betreibungsamt hat auf Verlangen beglaubigte Auszüge aus dem Register, sowie Bescheinigungen darüber auszustellen, dass ein Eintrag auf einen bestimmten Namen bezw. für bestimmte Objekte nicht vorhanden sei. Für die Auszüge hat das Betreibungsamt das amtliche Formular zu verwenden.

Art. 18. Das Betreibungsamt hat keine Verpflichtung, bei Pfändung von Gegenständen im Register nach allfällig eingetragenen Eigentumsvorbehalten Nachschau zu halten und die Rechte des Eigentümers in der Pfändungsurkunde von Amtes wegen vorzumerken.

Art. 19. Art. 16 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs findet weder auf die schriftlichen Anmeldungen, noch auf die Auszüge und Bescheinigungen aus dem Register Anwendung.

Art. 20. Alle durch diese Verordnung veranlassten Mitteilungen des Betreibungsamtes haben schriftlich und gegen Empfangschein oder durch eingeschriebenen Brief zu erfolgen.

Art. 21. Die Ueberwachung der Betreibungsbeamten hinsichtlich der Führung des Registers über die Eigentumsvorbehalte geschieht durch die Aufsichtsbehörden für Schuldbetreibung und Konkurs, an welche auch die von den Betreibungsbeamten auf Grund dieser Verordnung erlassenen Verfügungen im Sinn von Art. 17 ff. des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs weitergezogen werden können.

Ebenso finden die Bestimmungen des Art. 10 dieses Gesetezes über die Ausstandspflicht der Betreibungsbeamten entsprechende Anwendung.

Art. 22. Für die Verrichtungen des Betreibungsamtes sind folgende Gebühren zu bezahlen, welche von der antragstellenden Partei zu tragen sind:

Eintragung	Fr. 4.—
Vormerk einer späteren Ratenzahlung . .	„ 1.—
Löschung	„ 2.—
Auszug aus dem Register oder Bescheinigung	„ 1.—
Vorlage des Registers	„ —.50

Beträgt jedoch der durch den Eigentumsvorbehalt garantierte Forderungsbetrag nicht mehr als Fr. 1000, so darf für die Eintragung und die Löschung je nur die Hälfte der betreffenden Gebühr erhoben werden.

Ausserdem können für jede schriftliche Mitteilung 50 Rp., sowie die Frankaturkosten, und für Abschriften des in Art. 7 lit. f erwähnten Inventars 60 Rp. per Seite berechnet werden.

Art. 23. Die vorliegende Verordnung tritt auf den 1. Januar 1912 in Kraft.

Lausanne, den 19. Dezember 1910.

Im Namen der Schuldbetreibungs- und
Konkurskammer des schweizerischen Bundesgerichts,

Der Präsident:
Jaeger.

Der Sekretär:
Dr. Huguenin.

Betreibungsamt Bern-Stadt

Formular für das Register über die Eigentumsvorbehalte (Art. 715 ZGB).

Ordnungsnummer	Datum der Eintragung			Name, Beruf u. Wohnort des Veräusserers	Name, Beruf u. Wohnort des Erwerbers	Antragsteller	Bezeichnung der Sache und ihres Standortes	Datum der Vereinbarung			Garant. Forderungsbetrag		Verfalltermin eventuell Angabe der einzelnen Raten	Erfolgte Ratenzahlungen	Löschung				
	Jahr	Monat	Tag					Jahr	Monat	Tag	Fr.	Ct.			Antragsteller	Grund	Datum Jahr	Monat	Tag
1	1912	April	6.	Weber, Hermann, Kaufmann, in Aarau	Lüthi, Hans, Schreinermeister, in Bern, Mattenhof	Erwerber	Nähmaschine, mit Fussbetrieb, System Singer, Nr. 70298, in der Wohnung des Erwerbers	1912	April	5.	150	—	1) 6. Mai 1912 Fr. 50 2) 6. Juni 1912 Fr. 50 3) 6. Juli 1912 Fr. 50	6. Mai 1912 Fr. 75	Veräusserer	Aufgabe des Wohnsitzes	1912	Mai	20.
							Der Betreibungsbeamte: C. Müller.												
2	1912	April	15.	Meier, Karl, Bierbrauer in Bern	Tschumi, Johann, Wirt in Bern, Länggasse	beide Parteien	Wirtschaftsmobiliar (laut Inventar) im Hotel zum „Pelikan“ in Bern	1912	April	15.	500	—	15. Oktober 1912	——	beide Parteien	Abbezahlung	1912	Oktober	18.
							Karl Meier, Bern Johann Tschumi, Bern									Karl Meier, Bern			
							Der Betreibungsbeamte: C. Müller.												
3	1912	Mai	1.	Nägeli, Fritz, Fabrikant in Biel	Berger, Wilhelm, Kaufmann, in Bern, Kirchenfeld	Veräusserer	Klavier, Fabrikant Joost & Cie., Zürich, Nr. 10584, in der Wohnung des Erwerbers	1912	Mai	1.	1000	—	1) 1. Aug. 1912 Fr. 250 2) 1. Nov. 1912 Fr. 250 3) 1. Febr. 1913 Fr. 250 4) 1. Mai 1913 Fr. 250	1. Aug. 1912 Fr. 150	Erwerber	Hinfall infolge Durchführung des Konkurses über den Erwerber	1912	September	10.
							Der Betreibungsbeamte: C. Müller.												
4	1912	Mai	15.	Keller, Jakob, Händler in Zürich	Haller, Paul, Handelsreisender, in Holligen	Erwerber	Vollständig aufgerüstetes tannenes Bett, im Zimmer der getrennt lebenden Ehefrau des Erwerbers in Worb	1912	März	1.	100	—	1. Mai 1913	——	——	Unbenutzter Ablauf der Beschwerdefrist	1912	Mai	30.
	provisorisch						Der Betreibungsbeamte: C. Müller.												

II. Kreisschreiben

der

Oberaufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs an die kanton. Aufsichtsbehörden.

Nr. 29 vom 31. März 1911.

Pfändung und Verwertung von Vermögensobjekten, die dem betriebenen Schuldner unter Eigentumsvorbehalt verkauft wurden

Es pflegt bekanntlich oft vorzukommen, dass ein betriebener Schuldner im Besitz von Vermögensstücken (Möbel, Maschinen usw.) ist, die er unter Eigentumsvorbehalt gekauft und zum Teil abbezahlt hat. Solche mit Eigentumsvorbehalt verkaufte Sachen wurden bisher meist nicht gepfändet, beziehungsweise es wurde auf die Aufrechterhaltung der Pfändung verzichtet, sobald sich ergab, dass der Schuldner noch nicht ihr Eigentümer geworden sei. Da indessen das Recht des Schuldners, gegen Bezahlung der Kaufpreisrestanz das Eigentum daran zu erwerben, unter Umständen, namentlich bei nahezu ganz abbezahltem Kaufpreis, einen bedeutenden Vermögenswert repräsentieren kann, wurde seitens der betreibenden Gläubiger hin und wieder doch der Anspruch erhoben, dieses Recht mit Beschlag zu belegen und zur Verwertung zu bringen. Es liegt denn auch im Interesse einer rationellen Zwangsvollstreckung, dass der in jenem Recht steckende Vermögenswert den Gläubigern nicht vorenthalten bleibe, so lange es dem Schuldner beliebt, durch Stehenlassen einer vielleicht ganz unbedeutenden Kaufrestanz das Eigentum beim Verkäufer zu belassen.

Da die Pfändung des dem Schuldner zustehenden Rechtes, gegen Bezahlung der Kaufpreisrestanz das Eigentum zu erwerben, auf juristische und praktische Schwierigkeiten stossen würde und da anderseits der Eigentumsvorbehalt wirtschaftlich nichts anderes als ein Pfandrecht des Verkäufers darstellt, so haben wir anlässlich eines kürzlich an uns gelangten Rekurses den prinzipiellen Entscheid gefällt, dass die unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen in analoger Anwendung der für die Pfändung und Verwertung verpfändeten Sachen geltenden Bestimmungen (Art. 106 und 107, 126 und 127 SchKG) zu pfänden und zu verwerten sind (vgl. Urteil vom 28. Februar 1911 i. S. Kopp Amtl. Samml. der bundesgerichtl. Entsch. Sep.-Ausg. 14 Nr. 15).